

Aproximación al régimen de pago a proveedores: artículo 17 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista *

MARGARITA CASTILLA BAREA

Becaria de Investigación

«Certum es quod, is committit in legem, qui legis verba complectens, contra legis nititur voluntatem».

Es cierto que obra contra la ley el que, entendiendo sus palabras, porfía contra su espíritu.

C. 88, de regulis iuris, in Sexto, 5, 12.

SUMARIO: I. *Introducción*: 1. Explicación del contexto del artículo, tanto en lo que respecta a la ley en la que se inserta, como en lo que se refiere al ámbito de relaciones jurídicas y comerciales en el que se pretende su aplicación. 2. Carácter de la norma: Determinación de su imperatividad, renunciabilidad y funcionalidad tuitiva.-II. *Análisis del supuesto de hecho*: 1. Los sujetos que se contemplan en el artículo como agentes de las operaciones con pago aplazado: Comerciantes adquirentes de las mercancías y proveedores. Determinación de la necesidad y/u obligatoriedad de que sean minoristas. 2. El objeto del precepto: Determinación de los tipos de operación que caen en el ámbito de aplicación del precepto.-III. *Análisis de las consecuencias jurídicas*: 1. Consecuencias jurídicas comunes a todo tipo de «adquisiciones de los comerciantes», ya sean de pago instantáneo, ya sean de pago aplazado. 2. Consecuencias jurídicas típicas de las «adquisiciones de los comerciantes» con pago aplazado por un tiempo superior a sesenta días-IV. *El incumplimiento de la norma*: 1. Competencia, viabilidad y aplicación del régimen sancionador. 2. Acciones que pueden ejercitar las partes afectadas por el incumplimiento de la norma.-V. *Posibles prácticas al borde de la ley*: 1. La novación. 2. El *confirming*.

CONSIDERACIONES INICIALES

El artículo 17 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM) integrante del Capítulo IV de su Título I,

* Este trabajo ha obtenido el Premio Nacional de Investigación en Derecho Privado «Castán Tobeñas 1998», que convoca la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.

(Capítulo que lleva por rúbrica «*Adquisiciones de los comerciantes*») insta un régimen de regulación de ciertos aspectos de la realización de operaciones de intercambio de mercancías por dinero entre comerciantes y proveedores, absolutamente novedoso en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Se trata de una norma jurídica compleja y prolija, estructurada en cinco apartados diferentes, numerados con los ordinales del 1 al 5, alguno de los cuales se divide a su vez en dos párrafos.

La materia susceptible de estudio en el artículo 17 es inabarcable. Cada uno de sus apartados, por sí solo, merecería una monografía y justificaría con creces la realización de una tesis doctoral. Por esta razón, renunciamos de antemano en este trabajo a la pretensión de haber agotado todas las cuestiones posibles. Ni siquiera las que han sido objeto de nuestra atención habrán sido tratadas con la extensión que se merecen y la profundidad de que son susceptibles. Nuestras pretensiones son, por tanto, y a la vista de las limitaciones temporales con que contamos, modestas. Intentamos marcar unas pautas claras de principio con las que enfrentarse a un examen más pormenorizado y prolijo de los variados y grandes problemas jurídicos que presenta el artículo 17 de la LOCM. Es ésta una aproximación general al precepto que nos ocupa, si bien alentada por el ánimo de una profundización posterior.

La dificultad de la investigación del tema que nos ocupa se ve además acrecentada por la escasez de obras doctrinales al respecto. De entre las existentes, la mayoría corresponde a obras de comentarios sobre la totalidad de la LOCM, por lo que la extensión de las páginas dedicadas al régimen de pago a los proveedores está lógicamente supeditada a lo aconsejable para artículos insertos en este tipo de obras. La otra parte del conjunto doctrinal es una serie de artículos publicados en revistas jurídicas especializadas, que participan de la característica de la corta extensión.

Por último, y dado que estamos investigando sobre una Ley de 1996, tropezamos con el obstáculo de la inexistencia de doctrina jurisprudencial que aclare la interpretación de muchas de las normas contenidas en el artículo 17 de la LOCM.

Con todo, esperamos haber alcanzado nuestro objetivo, que no es otro que, como antes se dijo, *aproximarnos* a un diseño del régimen de pago a proveedores cuya eficacia aún está por demostrar.

Artículo 17 de la LOCM:

«Pagos a los proveedores:

1. A falta de pacto expreso, se entenderá que los comerciantes deben efectuar el pago del precio de las mercancías que compren el mismo día de su recepción.

2. Los comerciantes, a quienes se efectúen las correspondientes entregas, quedarán obligados a documentar, en el mismo acto, la operación de entrega y recepción con mención expresa de su fecha.

Del mismo modo, los proveedores deberán indicar en su factura el día del calendario en que debe producirse el pago.

3. Cuando los comerciantes acuerden con las personas a quienes compren las mercancías, aplazamientos de pago que excedan de los sesenta días desde la fecha de entrega y recepción de las mismas, el pago deberá quedar instrumentado en documento que lleve aparejada acción cambiaria con mención expresa de la fecha de pago, indicada en la factura. Este documento deberá emitirse o aceptarse por los comerciantes dentro del plazo de treinta días desde la fecha de la recepción de la mercancía, siempre que la factura haya sido previamente enviada. Para la concesión de aplazamientos de pago superiores a ciento veinte días, el vendedor podrá exigir que queden garantizados mediante aval bancario o seguro de crédito o caución.

4. En cualquier caso, se producirá el devengo de intereses moratorios en forma automática a partir del día siguiente al señalado para el pago o, en defecto de pacto a aquel en el cual debiera efectuarse de acuerdo con lo establecido en el apartado 1. En estos supuestos, el tipo aplicable para determinar la cuantía de los intereses será un 50 por ciento superior al señalado para el interés legal, salvo cuando el interés pactado fuere superior.

5. A los efectos prevenidos en el presente artículo y con referencia exclusiva a los bienes consumibles, se entenderá como fecha de entrega aquella en la que efectivamente se haya producido, aunque, inicialmente, el título de la entrega fuese distinto del de compraventa, siempre que las mercancías hayan sido, finalmente, adquiridas por el receptor».

I. INTRODUCCIÓN

1. EXPLICACIÓN DEL CONTEXTO DEL ARTÍCULO, TANTO EN LO QUE RESPECTA A LA LEY EN LA QUE SE INSERTA, COMO EN LO QUE SE REFIERE AL ÁMBITO DE RELACIONES JURÍDICAS Y COMERCIALES EN EL QUE SE PRETENDE SU APLICACIÓN

1.1 Por qué una Ley de Ordenación del Comercio Minorista

A la hora de analizar las razones que llevan a la promulgación de un texto legal, hay que atender a dos tipos distintos de motivos: los

declarados por el legislador y aquellos otros que permanecen ocultos, aunque no ausentes, en el universo de las intenciones internas de la *voluntas legislatoris*, sin que sean objeto de exteriorización mediante declaraciones más o menos exactas de intenciones.

Respecto de estos últimos, sólo pueden hacerse conjeturas. Los antecedentes legales, así como los debates parlamentarios que preceden a la promulgación de un texto legal, pueden ciertamente arrojar alguna luz sobre las razones que impulsaron a elaborar unos mandatos determinados en forma de ley y sobre los objetivos que pretenden lograrse a través de la norma en elaboración; es posible aventurarse a esbozar un cuadro de intenciones y finalidades perseguidas por los distintos grupos, pero no puede perderse de vista que éstos no siempre declaran abiertamente los intereses, de clase o no, que se pretenden consagrar a través de las leyes, y tampoco que, las más de las veces, ese esbozo resulta escasamente operativo, pues la *voluntas legis* acaba con frecuencia independizándose de la de su colectivo creador, de modo que lo que se pretendía no coincide con el resultado que se obtiene al aplicar la ley a la práctica, y aquello que se impuso como una medida técnica y teleológicamente recomendable, no puede aplicarse por una multitud de heterogéneos problemas que, o no se tuvieron en cuenta al promulgar la ley, o se manifestaron posteriormente, o lo hicieron de modo diverso al esperado. Esto no significa que antecedentes legislativos y debates parlamentarios deban desdeñarse como elemento informador de los objetivos que pretenden alcanzarse con la ley y de su origen, simplemente quiere decir que ha de observárselos con cautela y desde una perspectiva crítica.

Por éstas y otras razones, el punto de partida de una exposición sucinta de la justificación de una ley debe ser, a nuestro juicio, la que ella misma hace, es decir, la Exposición de Motivos que precede al articulado del texto legal y que forma el conjunto de las razones declaradas por el legislador. Ella debe servir al jurista como criterio hermenéutico a la hora de investigar los fines perseguidos por la norma, y también cuando éste pretende poner de manifiesto la perversión que los resultados de la aplicación de la misma supone con respecto a los fines declarados que la impulsaron.

Coherentemente con la opinión aquí defendida, partiremos del texto de la Exposición de Motivos de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, para tratar de exponer una idea lo más cercana posible a la realidad, acerca de las razones que justificaron su existencia y de los fines que presidieron su promulgación.

Pero antes, no podemos olvidar que toda tarea legislativa ha de abordarse bajo el referente constante de nuestra Norma Suprema.

En el caso del comercio interior, y a pesar de que la Exposición de Motivos de la Ley 7/1996 no haga expresa mención de ello, la necesidad de una intervención del legislador en la regulación de la materia viene dada por la propia Constitución que, en su artículo 51.3, encomienda a la ley el desarrollo de lo relativo al comercio interior, si bien la fórmula empleada se caracteriza por la amplitud e indefinición de límites concretos de lo que pueda estar incluido en ese concepto:

«En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales».

Por tanto, la primera y mejor justificación de la existencia de una Ley de Ordenación del Comercio es la propia Constitución Española.

Ya en la Exposición de Motivos de la LOCM, se patentizan otras razones que hacían exigible la promulgación de la Ley, razones que, a tenor del texto legal, pueden enunciarse como sigue:

«Los profundos cambios que ha experimentado la distribución comercial minorista en España, la incorporación de nuevas tecnologías y formas de venta y el reto que ha supuesto la Unión Europea, así como la dispersión de la normativa vigente obligan a un esfuerzo legislativo de sistematización, modernización y adecuación a la realidad de los mercados».

En cuanto a los fines propuestos:

«la Ley no sólo pretende establecer unas reglas de juego en el sector de la distribución y regular nuevas fórmulas contractuales, sino que aspira, también, a ser la base para la modernización de las estructuras comerciales españolas, contribuyendo a corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales y, sobre todo, al mantenimiento de la libre y leal competencia».

Como puede apreciarse, se trata de una ambiciosa declaración de intenciones que, de seguro, necesitará de grandes esfuerzos por parte de los distintos sectores implicados para hacerse realidad, sin que la Ley, por sí sola, sirva para garantizar el resultado pretendido.

1.2 El pago a los proveedores en el seno de la LOCM

El régimen de las *«Adquisiciones de los comerciantes»* constituye el capítulo IV del título primero de la LOCM, ley que, según su propia Exposición de Motivos, se orienta a la consecución de *«un sistema de distribución eficiente, que permita asegurar el aprovisionamiento de los consumidores con el mejor nivel de servicio posible y con el mínimo coste de distribución».*

Para lograr tal objetivo, la LOCM establece una serie de medidas que se dirigen tanto a consagrar derechos de los consumidores (sin que sean éstos los destinatarios a que aparente o declaradamente se dirige), como a imponer obligaciones a los comerciantes y, en especial, aunque no únicamente, como veremos, a los que se dedican al comercio al por menor. En este abanico de medidas de regulación del proceso de distribución de las mercancías, que va desde la exigencia de una licencia comercial específica para la apertura de grandes establecimientos (art. 6 LOCM), hasta el diseño del régimen jurídico de una serie de ventas calificadas como «especiales» (arts. 36 a 62 LOCM), se incardina el régimen de las adquisiciones de los comerciantes, del que constituye pieza principal la cuestión del pago a los proveedores, objeto de nuestro estudio.

Los artículos 16 y 17, que forman el capítulo IV, «*constituyen legislación civil y mercantil, y serán de aplicación general por ampararse en la competencia exclusiva del Estado para regular el contenido del derecho privado de los contratos, resultante de los números 6 y 8 del artículo 149.1 de la Constitución*»¹, lo que significa que las Comunidades Autónomas no tienen competencia para modificar el régimen por ellos establecido², de modo que habrán de ser observados por los comerciantes de todo el territorio nacional en sus adquisiciones³.

Como ha podido observarse, la propia Ley declara que el régimen de las adquisiciones de los comerciantes viene a incidir en el contenido del Derecho privado de los contratos. Si bien esto es cierto, no puede tampoco perderse de vista la evidente relación que el problema del pago a proveedores guarda con el Derecho de la Competencia, a cuya luz debe también analizarse⁴.

¹ Cfr. disposición final única, párrafo segundo, *in fine*, de la LOCM.

² Esta afirmación debe entenderse hecha a salvo de las posibilidades de incidir en la legislación que otorga el art. 149.1.8 de la Constitución Española a las Comunidades Autónomas cuando reserva al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por aquéllas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.

³ Para más información sobre este extremo, cfr. PALAU RAMÍREZ y ROCA SAGARRA («Ámbito de aplicación territorial de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», *RGD*, 1997, pp. 5659 a 5678; en concreto, pp. 5668-5672) y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ («Aplicación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en las diferentes Comunidades Autónomas», en la obra *Nueva Ordenación del Comercio Minorista en España*; Madrid, 1996; pp. 217 a 233).

⁴ Por nuestra parte, no vamos a entrar en el análisis de los supuestos concretos en que ciertos comportamientos constituyen ilícitos administrativos según la LOCM e ilícitos contra el Derecho de la Competencia (Ley de Defensa de la Competencia, Ley de Competencia Desleal y Ley General de Publicidad), porque esta cuestión escapa al objetivo de nuestra investigación. No obstante, sí queremos señalar que la doctrina ha puesto de manifiesto que ciertos comportamientos descritos en la LOCM como constitutivos de infracción están también contemplados en el régimen sancionador de las leyes

1.3 Aproximación al problema que se trata de resolver

La propia E. de M. de la LOCM constata la existencia en nuestro país de dos sistemas de distribución diferentes y complementarios: «*el primero constituido por empresas y tecnologías modernas, y el segundo integrado por las formas tradicionales de comercio que siguen prestando importantes servicios a la sociedad española...*».

Las diferencias entre el sistema de distribución llevado a cabo e instaurado por las grandes empresas y sociedades de distribución y el seguido por los medianos y pequeños comercios dedicados a la venta directa al consumidor final, se manifiestan con particular fuerza en el área de la financiación de los recursos, dado que el tamaño del comerciante y su estructura determinan unas diversas necesidades de inmovilizado y de liquidez para hacer frente a las vicisitudes de su actividad diaria.

Sin embargo, donde no parece que la diferencia sea importante, o al menos eso hay que entender a la vista de lo establecido en el artículo 17 LOCM, es en el pago a los proveedores que suministran las mercancías a los comerciantes, sean éstos grandes o pequeños⁵.

En efecto, de un tiempo a esta parte, a través de diversos estudios financieros y encuestas en relación con este tema, se ha venido constatando una evolución en la forma de pago a los proveedores, de manera que el contado, que constituía la regla general⁶, se ha con-

reguladoras de la competencia en nuestro Ordenamiento, por lo que se produce una duplicidad indeseable. Sobre esta cuestión, véase ARIMANY y MANUBENS («Comentario de los arts. 16 y 17», en la obra *Ordenación del Comercio Minorista*, coordinada por ARIMANY y MANUBENS; Barcelona, 1996, pp. 150 a 176, en concreto, pp. 156 y 157); FERNÁNDEZ DEL POZO («Aplazamientos de pago a los proveedores y publicidad registral del comerciante en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en *RCDI*, 1996, pp. 1479 a 1516, en concreto, pp. 1489 a 1493); ARGÜELLO BERMÚDEZ («Acciones civiles», en la obra *Nueva Ordenación del Comercio Minorista en España*, Madrid, 1996, pp. 195 a 216); CARRASCO PERERA («Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Juicio crítico de una reforma», en *Distribución y Consumo*, abril-mayo de 1996, pp. 40 a 43, en concreto, p. 43); y MARÍN LÓPEZ («Comentario de los arts. 16 y 17», en la obra *Comentarios a las leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, dirigida por R. BERCOVITZ, Madrid, 1997, pp. 321 a 344, en concreto, pp. 343 y 344). Por otra parte, hay que decir que la propia LOCM es consciente de esta circunstancia, por lo que en el artículo 63.2 se establece la suspensión del expediente administrativo sancionador y de la eficacia de las resoluciones sancionadoras cuando los comportamientos ilícitos den lugar a la incoación de expediente por infracción de las normas de defensa de la competencia. De este modo se da cumplimiento al principio general del Derecho sancionador *non bis in idem*.

⁵ Más adelante esta afirmación será objeto de las matizaciones oportunas, que no se hacen ahora por no ser el lugar apropiado.

⁶ Y aún la LOCM se aferra a esta idea cuando consagra en el artículo 17.1 que «*se entenderá que los comerciantes deben efectuar el pago del precio de las mercancías que compran el mismo día de su recepción*».

vertido en la excepción, dejando paso a una práctica generalizada de aplazamiento de los pagos ⁷.

Esta situación, que puede ser, y de hecho ha sido, fruto de la legítima autonomía de la voluntad de las partes contratantes para fijar las coordenadas de sus pactos, no es en sí negativa, ni constituye el problema a que viene a dar respuesta el artículo 17 LOCM. Lo pernicioso, lo que ha llevado a los sectores implicados, en especial a los proveedores, a reaccionar y a pedir la protección de la ley, es el progresivo deterioro de los plazos de pago fijados por las partes, que se han ido alargando e incumpliendo sistemáticamente sin que los perjudicados por tal situación (los acreedores-proveedores impagados) se sintieran capaces de adoptar medidas eficaces al respecto.

Las medidas comprendidas en el artículo 17 LOCM surgen, pues, como reacción a esta situación y se orientan a los siguientes objetivos:

– Propiciar la mayor y más fiable constancia de la fecha en que tiene lugar la operación económica entre el comerciante y su proveedor, así como la de la fecha prevista por las partes para el pago, con el fin de constatar de manera inequívoca las dilaciones e incumplimientos que se produzcan en este sentido (arts. 17.2 y 17.5 LOCM).

– Dotar al proveedor de una serie de garantías de que el pago aplazado por un tiempo superior al que puede considerarse como «normal» en el comercio (esto es, sesenta días), se producirá en el momento convenido, para lo que se adoptan dos tipos de medidas:

a) Se impone a los comerciantes la obligación de instrumentar el pago en documento que lleve aparejada acción cambiaria, con el objeto de facilitar al proveedor tanto el descuento o negociación de los títulos, como el recurso a la vía jurisdiccional para reclamar el pago (art. 17.3 LOCM).

b) Se otorgan al proveedor una serie de facultades adicionales tendentes a obtener mayores garantías de solvencia y liquidez, a medida que el período de aplazamiento aumenta (art. 17.3 *in fine* LOCM).

⁷ De entre los autores que se han dedicado a la cuestión de la evolución de los plazos de pago destaca por su profusión de artículos la profesora ROMÁN GONZÁLEZ. En este sentido, véanse los siguientes trabajos: «Estudio de la función financiera de los plazos de pago», en *Investigación y Marketing*, núm. 46, diciembre, pp. 72 y ss.; «Análisis comparativo de los plazos de pago en la industria alimentaria y la distribución comercial», en *ICE*, marzo 1995, núm. 739, pp. 93 y ss.; «Plazos de pago. La necesidad de un nuevo equilibrio», en *Distribución y Consumo*, diciembre 1995/enero 1996, pp. 17 y ss. y «Ley de comercio y plazos de pago: ¿nuevas reglas de juego?», en *Boletín Económico ICE*, núm. 2488, 1996, p. 45 y ss.

– Disuadir a los comerciantes del empleo de las dilaciones e impagos a los proveedores como táctica de financiación alternativa al recurso al crédito bancario y otros instrumentos de financiación, mediante el establecimiento de un interés de demora legal y automático lo suficientemente elevado como para que el impago no resulte un arma de financiación atractiva (art. 17.4 LOCM).

Con estas medidas, el legislador estatal, haciéndose eco de las peticiones de los proveedores, pretende frenar el proceso de deterioro y progresiva prolongación de los períodos de aplazamiento de pago en los negocios entre proveedores y comerciantes, así como hacer especialmente gravoso para estos últimos el incumplimiento de los plazos pactados.

El artículo 17 LOCM puede calificarse, por tanto, como una *norma tuitiva de los intereses de los proveedores*, ya que tiende a solucionar una situación que la ley considera de inferioridad con respecto a los comerciantes a los que aquéllos abastecen, que suelen imponer unas determinadas condiciones, no siempre igualitarias o justas, en sus negociaciones y operaciones de adquisición.

2. CARÁCTER DE LA NORMA: DETERMINACIÓN DE SU IMPERATIVIDAD, RENUNCIABILIDAD Y FUNCIONALIDAD TUITIVA

2.1 Consideraciones acerca del carácter de la norma

Es sabido que del carácter de una norma jurídica, de la imperatividad o calidad de derecho dispositivo de sus mandatos, depende su eficacia y también la entidad de las sanciones que determina su infracción⁸.

La norma imperativa, como su propio nombre indica, se impone a las partes, que no pueden disponer algo diferente y, menos aún, contradictorio para el caso por ella regulado. Por el contrario, la norma dispositiva, juega únicamente cuando las partes no establecen un régimen determinado en cuestiones concretas de su relación jurídica, o bien cuando dichas partes, portadoras de intereses contrapues-

⁸ La propia LOCM no es ajena a esta afirmación, y en su E. de M. reconoce la fuerza de la ley imperativa frente a la dispositiva cuando, refiriéndose al establecimiento del régimen jurídico de las nuevas modalidades de venta al público señala que: «*por su carácter de materia mercantil, se encuentran entregadas acutalmente al principio de libertad contractual del que, en no pocas ocasiones, resultan notorios abusos en perjuicio de los adquirentes, situación que interesa corregir mediante la promulgación de normas imperativas y una eficaz intervención de las Administraciones públicas*». (La negrita es nuestra).

tos, no llegan a un acuerdo acerca de las circunstancias en que ha de desenvolverse su relación, supuesto en el que el régimen dispositivo diseñado por la Ley viene a suplir la falta de acuerdo y se torna imperativo para esas partes en concreto ⁹.

En el supuesto del artículo 17 de la LOCM que nos ocupa, la doctrina parece considerar que la norma es imperativa, aunque es difícil encontrar una afirmación tajante en este sentido ¹⁰. Se trata de un axioma, un extremo que los autores toman como punto de partida para analizar otras cuestiones, como la funcionalidad tuitiva de la regulación establecida, las sanciones que corresponden a la contravención de la norma, o la posibilidad o no que tiene el proveedor de renunciar los derechos que le confiere el capítulo ¹¹.

⁹ DE LOS MOZOS (voz: «Norma jurídica», en la obra *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XI, Barcelona, 1962, pp. 480 a 488, en concreto, p. 486) distingue entre normas imperativas y normas dispositivas: «las primeras se imponen de modo absoluto y en todo caso, y no son derogables por la voluntad de las partes, mientras que las normas dispositivas únicamente entran en aplicación cuando falta una regulación establecida por la voluntad de las partes, cumpliendo en este caso una función supletoria que se aplica siempre que no exista una voluntad contraria». Por su parte, BONET CORREA («Los actos contrarios a las normas y sus sanciones», en *ADC*, 1976, pp. 309 a 336, en concreto, p. 317) señala que «mientras que las normas facultativas o dispositivas conceden a la autonomía de la voluntad privada un margen de facultades distinto del preceptuado en las propias normas, en las imperativas y prohibitivas ese margen de autonomía queda eliminado, teniéndose que acomodar la actuación de las personas a lo preceptuado concretamente en el mandato normativo». Sobre este tema, véase también DE CASTRO, «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad», en *ADC*, 1982, pp. 987 y ss.

¹⁰ De entre los autores consultados, sólo ARIMANY y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 157) y MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, pp. 328 y 329) afirman sin ambages que el artículo 17 «establece básicamente un régimen imperativo». Por su parte, LA CASA («La instrumentación mediante títulos cambiarios de los pagos a los proveedores en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en *Derecho de los Negocios*, 1997, núm. 78, pp. 1 a 18, en concreto, p. 2) entiende que el artículo 17.3 «implica la concesión a los proveedores de unos derechos irrenunciables», pero, prudentemente, obvia pronunciarse sobre la imperatividad de la norma. Únicamente, de forma aséptica, pone de manifiesto (*ob. cit.*, p. 16, nota 4) que ARIMANY y MANUBENS sí destacan el carácter imperativo de la misma. No obstante, parece decantarse por esta opción cuando indica que el tenor literal de la norma puede interpretarse en ese sentido y critica la rigidez de tal opción legislativa.

¹¹ FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, pp. 1488 y 1489, respectivamente) se muestra más ambiguo, eludiendo pronunciarse directamente sobre esta cuestión. Sin embargo, alude a circunstancias, como la irrenunciabilidad de los derechos conferidos al proveedor, el carácter restrictivo de la autonomía contractual que presenta el mandato, o su funcionalidad tuitiva, que suelen acompañar a la norma imperativa. La confusión acerca de su punto de vista se acrecienta cuando más adelante (en la misma página), tras poner de manifiesto que la comisión de ilícito administrativo no prejuzga la validez civil de los contratos u obligaciones asumidas por las partes, concluye: «Es decir, no constituyen infracciones de normas imperativas ex artículo 6.3 del Código Civil: ("Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención")» (la cursiva es del autor). La cita nos suscita interrogantes: ¿qué es lo que no constituye infracción de norma imperativa: la comisión de ilícito administrativo o la contravención de lo dispuesto en el artículo 17? ¿Está sugiriendo el autor que la tipificación como infracción administrativa es el efecto distinto a la nulidad a que alude el artículo 6.3 CC en el caso concreto del artículo 17.3 LOCM? Y si la infracción administrativa

En nuestra opinión, el artículo 17 presenta un carácter mixto, dado que en él conviven mandatos de naturaleza imperativa con normas de derecho dispositivo, si bien existe un claro predominio de los primeros. Así lo demuestra el tenor literal del precepto que, en sus apartados 2 a 5, apunta a que estamos ante una norma de carácter imperativo: la ley se pronuncia en términos de «deber» y de «obligación» cuando dispone que los comerciantes «**quedarán obligados a documentar**»; que «**el pago deberá quedar instrumentado en documento**»; que este documento «**deberá emitirse o aceptarse**»; que «**los proveedores deberán indicar**» o que «**se producirá el devengo de intereses moratorios**». Como puede apreciarse, la forma de expresión de la ley no deja lugar al jurista para plantearse si estos mandatos son de obligado cumplimiento por sus destinatarios o si, por el contrario, éstos son libres de llevar o no a cabo su contenido. Cuando se trata de una norma dispositiva o potestativa, la redacción legal tampoco da lugar a equívoco: así sucede cuando, en caso de superar el aplazamiento los ciento veinte días desde la fecha de recepción de las mercancías, concede al proveedor la facultad de exigir al comerciante la presentación de un aval bancario o la suscripción de un seguro de crédito o caución que aporte al acreedor mayores garantías de cobro de la deuda en el futuro. En este caso, el precepto alude a que «**el vendedor podrá exigir...**»¹². Del mismo modo, el apartado 1 establece una regulación supletoria, que opera únicamente en ausencia de pacto de las partes susceptible de modificar el régimen de pago al contado.

Pues bien, esta afirmación del carácter imperativo de la norma, que aparece tan clara, no deja de suscitar algún problema de fondo: inmediatamente surge el interrogante de cuál es la sanción prevista por la Ley o, en su defecto, por el Ordenamiento en su globalidad, para el caso de que sea violada, pues a nadie se escapa que esta sanción debería ser especialmente importante tratándose de una norma imperativa. Pero, si bien es ésta una cuestión de vital importancia como puede entenderse, no es ahora el momento de ocuparnos de

es un efecto diverso a la nulidad pero también derivado de la contravención de una norma imperativa como parece sugerirse, ¿puede mantenerse que un acto de tal naturaleza no atenta contra una norma imperativa?

¹² En el caso concreto del artículo 17.3 *in fine*, puede sostenerse que la norma es dispositiva para el proveedor e imperativa para el comerciante, puesto que este último no puede negarse a prestar tales garantías si aquél decide exigirselas. Por tanto, discrepamos de la opinión de GONZALO ANGULO («Régimen de pago a proveedores {art. 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista}», en la obra *Nueva Ordenación del Comercio Minorista en España*, Madrid, 1996, pp. 103 a 131, en concreto, p. 124), para quien el proveedor podrá recurrir al aval o seguro «sólo si el deudor consiente».

ella ¹³. Baste decir que, a nuestro juicio, el artículo 17 LOCM es una *lex minus quam perfectae*, es decir, aquella cuya infracción determina la imposición de una pena, sin declarar la nulidad del acto ¹⁴.

2.2 ¿Es admisible la renuncia por el proveedor de los derechos que se contienen en el artículo 17 LOCM?

Tal como ocurría con la determinación de la imperatividad del artículo 17 LOCM, la doctrina no es muy profusa a la hora de analizar si los derechos que confiere el precepto son renunciables por el proveedor. Nuevamente, nos hallamos ante una cuestión que aparece de modo tímido, como si la irrenunciabilidad de tales derechos fuese una consecuencia que derivase necesariamente del carácter imperativo antes asumido como punto de partida.

Sin embargo, a nuestro entender, en el seno del precepto que nos ocupa, el estudio del juego de la renuncia reviste especial importancia y no merece ser pasado por alto, pues estimamos que presenta la suficiente complejidad como para realizar un pronunciamiento tajante y *a priori* sobre su ineficacia.

Partiremos de un concepto de renuncia de derechos según el cual se la configura como un acto de disposición «fundamental, aunque no exclusivamente, unilateral, integrado por una declaración de voluntad no necesariamente recepticia y tutelada por el ordenamiento jurídico, dirigida a la pérdida o extinción de un derecho subjetivo, facultad, beneficio, expectativa o posición jurídica» ¹⁵, para centrar nuestro interés en la posibilidad o no de ejercitarla una vez se han adquirido los derechos a que se refiera, puesto que los derechos no nacidos no pueden ser objeto de renuncia ¹⁶.

¹³ En lo referente a la cuestión de la calificación de las infracciones de la Ley y a las sanciones que por ello correspondan, nos remitimos al capítulo correspondiente al incumplimiento de la norma.

¹⁴ Esta terminología se ha tomado de la clasificación que hace DE CASTRO (*Derecho Civil de España*, tomo I, Madrid, 1949, p. 533) emulando a ULPIANO, que distingue entre *leges perfectae*, *minus quam perfectae*, *imperfectae* y *plus quam perfectae* según la eficacia coactiva o efecto que produce su infracción. Semejante clasificación es reproducida con mínimas variaciones por BONET CORREA, *ob. cit.*, pp. 313 y 314.

¹⁵ Ésta es la definición de renuncia de derechos que ofrecen ALBÁCAR LÓPEZ y MARTÍN GRANIZO, «Comentario del artículo 6», en la obra *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo I, Madrid, 1991, pp. 89 a 113, en concreto, p. 92.

¹⁶ Así lo considera el Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de mayo de 1989, dado que los derechos aún no nacidos no pueden considerarse como integrantes del patrimonio de su titular. En el mismo sentido, DÍEZ PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, tomo I, Madrid, 1992, reimp. 1993, p. 474), entienden que la llamada «renuncia preventiva» no es una renuncia en sentido técnico, esgrimiendo como principal y decisivo argumento que «no hay extinción del derecho subjetivo por una disposición de su titular, ya que ese derecho no formaba parte de su patrimonio». LÓPEZ LÓPEZ (*Derecho Civil. Parte General*; coordinado por A. LÓPEZ y V. MONTÉS, Valencia, 1992, p. 385) abunda en la idea

No obstante, puede entenderse que, cuando se alude a renuncia previa o *ex ante*, se está haciendo referencia a una declaración de voluntad coetánea al nacimiento del contrato, pero anterior a la manifestación del requisito necesario para ejercitar un derecho o facultad derivados del mismo contrato¹⁷. Un ejemplo ilustrará mejor la idea: cuando un arrendatario de vivienda alquila un inmueble por un plazo de un año, la ley pone a su disposición la facultad de prorrogar anualmente ese contrato hasta un máximo de cinco años desde la fecha de su otorgamiento; pero si renunciara a su derecho de prórroga a la firma del contrato, podría entenderse que tal declaración de voluntad es una renuncia previa, pues es claro que al día siguiente de la celebración del convenio carece de sentido ejercitar la prórroga, pues aún no ha «llegado el día del vencimiento del contrato»¹⁸, no se ha manifestado el requisito necesario para su ejercicio. En este sentido, sí parece importante hablar de renuncia previa¹⁹.

Por consiguiente, entendemos que la cuestión trascendental radica en determinar si, una vez adquiridos los derechos de que se trate, y con independencia del momento en que se los entienda adquiridos, en este caso, los conferidos por el artículo 17 LOCM, es posible que su titular renuncie a ellos con eficacia jurídica, o lo que es lo mismo,

de que aludir a renuncia previa es una manera impropia de hablar. Por nuestra parte, entendemos que el artículo 1935.1 CC contiene una manifestación de la irrenunciabilidad de los derechos con carácter previo a su adquisición, al disponer que no se puede renunciar el derecho de prescribir para lo sucesivo, a pesar de que sí sea renunciable la prescripción ganada.

¹⁷ En esto parece entender el Tribunal Supremo que consiste la renuncia previa, a la luz de su Sentencia de 2 de abril de 1996: «lo que no cabe, por prohibirlo la Ley, es la renuncia previa del derecho de prórroga forzosa que establece el artículo 57 de la Ley, esto es, la renuncia efectuada al tiempo de celebrarse el contrato, pero sí en cambio está permitida la subsiguiente, o sea la que tiene lugar después de adquirido el derecho mediante incorporación al patrimonio del arrendatario». Se trataba de un arrendamiento sometido a la LAU de 1964.

¹⁸ El artículo 9.1 LAU dispone que el contrato se prorrogará obligatoriamente «llegado el día del vencimiento del contrato», si la duración del arrendamiento fuera inferior a cinco años.

¹⁹ Con este sentido entendemos que emplea el término FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1488) para quien «... la Ley de Comercio resulta en la concesión de derechos irrenunciables *ex ante* por los beneficiados por ella (sería nulo radicalmente el pacto previo de renuncia a los beneficios concedidos en el artículo 17 de la Ley: irrenunciabilidad contraria al orden público *ex artículo 6.4 del Código Civil*; en igual sentido en el artículo 48 de la Ley)». A nuestro juicio, y dejando para un momento posterior el pronunciamiento acerca de si tales derechos son o no renunciables, el artículo 6.2 CC a que debe referirse el autor, no establece los límites de la renuncia previa, cualquiera sea el sentido que se otorgue a esta expresión, sino los de cualquier renuncia que afecte a derechos ya existentes y pertenecientes al patrimonio del renunciante. Por otra parte, el artículo 48 LOCM en absoluto alude a renuncia previa, proscribiendo la renuncia en general, ya sea explícita o implícita, de los derechos que se confieren a los *consumidores* en un capítulo concreto de la Ley. Se trata de derechos que nacen para éstos con la recepción de una oferta o la realización de un contrato, y que, por tanto, desde ese momento, ingresan en su patrimonio. En nuestra opinión, el precepto se dirige a consagrar la ineficacia (nulidad) de una renuncia efectuada tanto a la hora de celebrar el contrato, como con posterioridad a él.

se trata de decidir si existe alguna razón que permita entender que un proveedor puede declinar el sistema de garantías que la Ley le ofrece a través del artículo 17 y vincular el comportamiento del resto de los sujetos con esa decisión.

En primer lugar, hemos de tener en cuenta que, por regla general, nuestro Ordenamiento es permisivo con la renuncia de derechos. Ésta es la conclusión que a nuestro juicio puede extraerse del artículo 6.2 del CC con mayor seguridad, cuya redacción en forma negativa no debe llamar a engaño respecto a la sustancia de lo que en él se consagra: en principio, toda renuncia de derechos es válida, salvo que contraría el interés o el orden públicos o suponga un perjuicio para terceras personas²⁰. Lógicamente, si existe un precepto legal que expresamente proscriba la renuncia de ciertos derechos, declarándola nula u ordenando tenerla por no puesta, entonces no hay lugar a dudas; no habrá que cuestionarse si tal renuncia transgrede los límites establecidos por el artículo 6.2 CC, porque constituiría un acto *contra legem*.

Éste es el caso de ciertas leyes imbuidas de un espíritu tuitivo de partes consideradas especialmente débiles en el seno de relaciones jurídicas determinadas, como son los consumidores en la LCU²¹, en la Ley de Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles²² y en la propia LOCM²³, los trabajadores en la legislación laboral²⁴, o

²⁰ El artículo es del siguiente tenor literal: «*La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*». Por otra parte, el antiguo artículo 4.2 CC, previo a la reforma del título preliminar, contenía el mismo espíritu, si bien ofrecía una redacción gramaticalmente positiva: «*Los derechos concedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta renuncia contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero*».

²¹ El artículo 2.3 de la LCU dispone que: «*La renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios es nula*.

Asimismo, son nulos los actos realizados en fraude de esta Ley, de conformidad con el artículo 6.º del Código Civil». Como puede apreciarse, el precepto restringe la nulidad a la renuncia previa. PARRA LUCÁN (*Daños por productos y protección del consumidor*; Barcelona, 1990; p. 455, nota 356) hace notar que: «no hay que olvidar que, en cualquier caso, lo que se cuestiona es la validez de las renunciaciones «previas», esto es, con carácter anticipado. Una vez que el derecho a obtener la reparación ha nacido puede renunciarse».

²² El artículo 9 de la Ley de Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles declara la «*Irrenunciabilidad de los derechos conferidos por esta Ley.—Los derechos conferidos al consumidor por la presente Ley son irrenunciables. No obstante, se entenderán válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el consumidor*».

²³ Por su parte, el artículo 48 LOCM proclama la «*Irrenunciabilidad de los derechos.—La renuncia efectuada, explícita o implícitamente, por el consumidor a los derechos que le son reconocidos en el presente capítulo será nula y no impedirá la debida aplicación de las normas contempladas en el mismo*».

²⁴ Según el artículo 3.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: «*Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su*

el arrendatario en la LAU²⁵. Precisamente la constatación por la doctrina del espíritu de protección del proveedor que late en el artículo 17 y la existencia de normas declarando la irrenunciabilidad de derechos en otras leyes de proclamado carácter tuitivo como las mencionadas, ha servido a algún autor para invocar (sin emplear la palabra «analogía») la aplicación de idénticas soluciones al caso que nos ocupa²⁶.

Sin embargo, nosotros optamos por una solución más permisiva. A nuestro entender, no debe obviarse el hecho de que el legislador de la LOCM, pese a tener todas las posibilidades de declarar expresamente la irrenunciabilidad, no lo ha hecho. Y no es que sea una técnica desconocida para él, puesto que en el artículo 48 de la propia Ley, como se ha dicho, se hace uso del poder de restringir la capacidad de disposición de unos sujetos de derechos, los consumidores, tan protegidos por la Ley como puedan ser los proveedores. Por tanto, estimamos que el citado artículo 48 no debe ser esgrimido como razón de sustento de la irrenunciabilidad de los derechos contenidos en el artículo 17, como si pudiera presumirse que el legislador ha querido que aquella norma sirva de criterio hermenéutico de su voluntad en todos los casos, sino más bien, todo lo contrario, debe tomarse como referencia del hecho de que cuando aquél desea adoptar una decisión tan limitativa e importante, asume la responsabilidad de una declaración expresa.

Ello no obsta a que el poder de disposición del proveedor sea ciertamente muy limitado, porque, si bien es cierto que, como se verá en el capítulo correspondiente al incumplimiento de la norma, éste no acarrea la invalidez del acto contraventor, no lo es menos que la sanción administrativa planea sobre el comportamiento infractor del

adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo».

²⁵ La LAU no proclama expresamente la irrenunciabilidad de los derechos que confiere al arrendatario, pero la doctrina entiende que esta afirmación puede extraerse del tenor de su artículo 6, según el cual «son nulas, y se tendrán por no puestas, las estipulaciones que modifiquen en perjuicio del arrendatario o subarrendatario las normas del presente título, salvo los casos en que la propia norma expresamente lo autorice» (la cursiva es nuestra). Sobre el particular, *cfr.*, por todos, REGLERO CAMPOS, «Comentario al artículo 6. Naturaleza de las normas», en la obra *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*, coordinada por R. BERCOVITZ, Pamplona, 1997, pp. 111 a 131, en concreto, pp. 114 a 116.

²⁶ En este sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO, (*ob. cit.*, p. 1488) hace notar los paralelismos existentes entre la LOCM y el conjunto de normas tuitivas de la parte contratante débil por razones de orden social. Para este autor, «de hecho, similares mecanismos de defensa del contratante débil del artículo 17 LC los encontramos en toda esa legislación «social». Por su parte, LA CASA (*ob. cit.*, p. 2 y p. 16, nota 4) sostiene la irrenunciabilidad de los derechos que se contienen en el artículo 17, ya que «si se admitiera la renuncia a la incorporación del crédito del proveedor a unos determinados títulos cambiarios, se frustraría la finalidad perseguida por el legislador». No obstante, critica la rigidez del planteamiento legal de la norma.

comerciante a la hora de no documentar del modo previsto los pagos aplazados por tiempo superior a sesenta días. Así, admitiendo la hipótesis de laboratorio de que un comerciante deseara cumplir la obligación legal, y fuera su proveedor quien (por la razón que sea) no quisiera instrumentar el pago en documento provisto de acción cambiaria, la renuncia de este último no vincularía al comerciante, que podría recabar el auxilio judicial y compeler al proveedor a aceptar el documento que se le ofrece ²⁷.

En coherencia con ello, no se impone al proveedor la carga de hacer valer el derecho a la documentación como sí ocurre con la exigencia de aval bancario o seguro de crédito o caución y carece de toda relevancia, desde el punto de vista administrativo, su comportamiento en orden a la documentación en instrumento cambiario, pues únicamente se sanciona al comerciante infractor, no al proveedor que no denuncia la omisión de tal documento, o que no exige la forma requerida ²⁸.

Por tanto, entendemos que la irrenunciabilidad de los derechos del proveedor debe afirmarse cuando se constate la transgresión de los límites establecidos por el artículo 6.2 CC, esto es, cuando atente contra un interés o el orden público, o cuando ocasione un perjuicio a tercero, extremos que habrán de justificarse debidamente en cada caso ^{29, 30}.

²⁷ Por esta razón, entendemos que sólo hasta cierto punto puede decirse que el artículo 17 LOCM concede derechos a los proveedores, pues en ocasiones, tales derechos se advierten sólo como el correlato de unas obligaciones de su contraparte que sí están claramente impuestas. Es decir, la técnica legal empleada pasa por la imposición de una serie de obligaciones para cuyo incumplimiento prevé sanciones, y no, como en el caso del capítulo II del título III (donde se inserta el artículo 48), por la enunciación de una serie de derechos del proveedor.

²⁸ En efecto, el artículo 65.1, letras f) y g) LOCM dispone lo siguiente: «Tendrán la consideración de infracciones graves:

f) La falta de entrega por los comerciantes a sus proveedores de un documento que lleve aparejada ejecución cambiaria en los supuestos y plazos contemplados en el apartado 3 del artículo 17.

g) No dejar constancia documental de la fecha de entrega de mercancías por los proveedores o falsear este dato».

²⁹ En este sentido, entendemos que si los derechos conferidos por la LAU, así como los otorgados por la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre Protección de los Consumidores en el caso de Contratos celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles, entre otras, son renunciables tras su adquisición, y no se esgrime la presencia de un interés o del orden público para proscribir tal renuncia, con menor razón ha de sostenerse para la protección de los proveedores.

³⁰ Por otra parte, y tal como, acertadamente a nuestro juicio, pone de manifiesto REBOLLO PUIG («Comentario de los arts. 63, 64 y 65», en la obra *Comentarios a las leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, dirigida por R. BERCOVITZ, Madrid, 1997, p. 908), «por mucho que las Leyes consagren frecuentemente la irrenunciabilidad de los derechos, su verdadera efectividad depende de que el titular decida ejercerlos con todas sus consecuencias. Lo que está en juego es un interés privado y si no quiere defenderlo, nadie se lo impone y, menos que nadie, la Administración».

2.3 El espíritu protector de la norma

No parece haber dudas de que el artículo 17 LOCM se inspira en el deseo de proteger a los proveedores de la erosión que de su posición en el mercado producen el progresivo alargamiento de los plazos de pago contractualmente asumidos en sus operaciones comerciales y el incumplimiento por los comerciantes de la obligación de pagar, una vez llegado el vencimiento de las deudas ³¹.

Dado que esta práctica provoca el deterioro de la situación financiera de los proveedores, que ven mermada su liquidez, algún autor ha puesto de manifiesto que la intención que late en el precepto en cuestión es la de proporcionar a los proveedores un instrumento que les facilite el descuento, de modo que puedan obtener de una forma más ágil y segura la liquidez que les resta la operación de aplazar ³². Sin embargo, no parece que ésta sea la consecuencia primeramente querida por la Ley. El propósito tuitivo da la impresión de ser más amplio, puesto que medidas como la posibilidad de exigir cautelas adicionales a la documentación cambiaria y más drásticas, cuando el aplazamiento supera los ciento veinte días, o como la imposición legal de unos altos intereses de demora, trascienden a la función de proporcionar un instrumento de descuento a los proveedores.

Por otra parte, a nuestro juicio, el punto de partida que justifica tal intención, merece al menos, algún planteamiento crítico, porque se parte de la base de que todos los proveedores se encuentran en una situación de dominio por parte de los comerciantes a la hora de realizar sus transacciones, y esto, estimamos que no es generalizable a todos los casos. Habría sido quizá, aconsejable, incluir consideraciones sobre la dimensión empresarial tanto de los proveedores como de los comerciantes afectados por el régimen de pago, del mismo modo que se hace en la disposición adicional cuarta, en la que se imponen una serie de obligaciones a las entidades de comercio mayorista y al por menor, siempre y cuando «*en el ejercicio inmediato anterior las adquisiciones realizadas o intermediadas o sus ventas, hayan superado...*» un determinado volumen ³³.

³¹ Así lo entienden ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 157); FERNÁNDEZ DEL POZO, (*ob. cit.*, p. 1488); GONZALO ANGULO (*ob. cit.*, p. 125); LA CASA (*ob. cit.*, p. 2) y MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 331).

³² Es el caso de PORTELLANO DÍEZ («Adquisiciones de los comerciantes», en la obra *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, dirigida por PIÑAR MAÑAS Y BELTRÁN SÁNCHEZ, Madrid, 1996, pp. 151 a 158, en concreto, p. 155) que afirma tajantemente que «La finalidad de la obligación de instrumentar el pago del modo descrito es que los proveedores puedan mejorar su financiación a través del descuento. En los antecedentes legislativos queda claro que ése y no otro es el interés del legislador» (la cursiva es del autor).

³³ En el mismo sentido, ALONSO SOTO («La obligación de vender, la regulación de los comerciantes en la ley de ordenación del comercio minorista», en la obra Ponencias:

II. ANÁLISIS DEL SUPUESTO DE HECHO

1. LOS SUJETOS QUE SE CONTEMPLAN EN EL ARTÍCULO COMO AGENTES DE LAS OPERACIONES CON PAGO APLAZADO: PROVEEDORES Y COMERCIANTES ADQUIRENTES DE LAS MERCANCÍAS. DETERMINACIÓN DE LA NECESIDAD Y/U OBLIGATORIEDAD DE QUE SEAN MINORISTAS

La terminología de la rúbrica del artículo 17 LOCM, dedicado, como sabemos, al «pago a los proveedores», y del capítulo en que se inserta (capítulo IV del título I, relativo a las «Adquisiciones de los comerciantes»), ha suscitado problemas de interpretación en torno al concepto mismo del comerciante a que hace referencia y al ámbito subjetivo de la norma en cuestión.

En relación con el concepto de comerciante, plantea la doctrina la necesidad de entender el término en su sentido originario y estricto, como persona que negocia comprando y vendiendo o permutando géneros³⁴, y no en el sentido amplio con que lo emplea el Código de Comercio, para el que comerciante y empresario mercantil son expresiones intercambiables³⁵.

En cuanto a los sujetos cuyas adquisiciones originan el precepto que nos ocupa, la amplitud y genericidad de las expresiones empleadas para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, que alude a «comerciantes» y «proveedores» sin ninguna otra aclaración o restricción, ha generado en la doctrina la necesidad de cuestionarse quiénes son esos sujetos a los que la Ley dice dirigirse, y, en definitiva, si ha de entenderse que el artículo 17 es aplicable a las adquisiciones de *cualquier comerciante* sin distinción de tipos o dimensión, o si, por el contrario, en armonía con la denominación de la Ley, ha de entenderse que sólo va dirigido a las de los *comerciantes minoristas*³⁶.

Jornadas sobre la Distribución Comercial, Cáceres, 1997, pp. 35 a 61, en concreto, p. 64), para quien «la norma es de carácter general y no contempla los desequilibrios de poder existentes en las relaciones entre compradores y proveedores. En este sentido, no se ha tomado en consideración que muchas veces son los proveedores, poseedores de un producto único o titulares de una marca renombrada, los que dominan el mercado».

³⁴ Esta acepción se ha extraído del *Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua*, 20.^a edición, tomo I, voz «comerciar»; Madrid, 1984.

³⁵ En este sentido, *cf.* ARIMANY Y MANUBENS, (*ob. cit.*, p. 168); FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, pp. 1494 y 1495), y LA CASA (*ob. cit.*, p. 2).

³⁶ Entre los partidarios de que el precepto es aplicable a las adquisiciones de todo comerciante, sea o no minorista, se encuentran FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1493),

Por consiguiente, para decantarse en favor de una u otra tesis, es necesario abordar una labor de interpretación de la norma, de acuerdo con los criterios propuestos por el artículo 3.1 del CC ³⁷.

1.1 Interpretación del término «comerciante»

A) INTERPRETACIÓN LITERAL Y SISTEMÁTICA

La literalidad de la propia Ley resulta de poca ayuda a la hora de esclarecer la cuestión, ya que ambas posiciones encuentran fundamento en ella.

1.º Por un lado, el propio artículo 17 y el capítulo en que se inserta emplean una fórmula amplia para designar su ámbito subjetivo: aluden a comerciantes y proveedores sin más, y hay que pensar en principio, salvo que se halle un argumento convincente en contra, que esta circunstancia no se debe a un olvido del legislador, sino a una voluntad consciente y decidida en el sentido de comprender en la norma las adquisiciones tanto de los comerciantes mayoristas como de los minoristas.

2.º Sin embargo, parte de la doctrina, encuentra en el título de la Ley, que proclama su vocación a la ordenación del *comercio minorista*, la razón de su entendimiento de que el artículo 17 se dirige sólo a los comerciantes al detalle, de forma que los actos y vicisitudes de los grandes comerciantes quedarían fuera de su ámbito objetivo ³⁸.

quien equiparando en un lapsus a los comerciantes mayoristas con las grandes superficies, llega a afirmar que el supuesto de hecho preferentemente contemplado por la norma es «la adquisición por los comerciantes mayoristas (grandes superficies) y las realizadas o intermediadas por las «centrales de compra», y LA CASA (*ob. cit.*, p. 3). LEMA DEVESEA («*Venta con pérdida y pago a proveedores en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*», conferencia pronunciada en el Hotel Eurobuilding de Madrid, el 19 de junio de 1996, documento inédito, pp. 18-19) se pronuncia a favor de la aplicación del artículo 17 tanto a las operaciones concluidas entre proveedores y comerciantes minoristas, cuanto a las celebradas entre aquéllos y las centrales de compra «que actúan en nombre y por cuenta de comerciantes minoristas». Por contra, partidarios de la aplicación restrictiva del precepto únicamente a los minoristas, se muestran ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, pp. 169 a 171), PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, pp. 152 y 153) y MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, pp. 333 y 334).

³⁷ Para ESCRIBANO COLLADO («Comentario del artículo 1», en la obra *Comentarios a las leyes de Ordenación del Comercio Minorista*; dirigida por R. BERCOVITZ, Madrid, 1997, pp. 37 a 43; en concreto, p. 39): «la Ley carece de una previsión concreta sobre su ámbito de aplicación. Preocupada únicamente por definir su objeto y simplificar su enunciado, no se pronuncia sobre sus destinatarios. A este respecto, la referencia al comercio minorista y la definición que se contiene del mismo son claramente insuficientes. Sobre el particular, ofrecen una mejor técnica normativa la mayoría de las leyes autonómicas que, con mayor o menor precisión, se pronuncian sobre su ámbito de aplicación, despejando dudas y ofreciendo una mayor seguridad».

³⁸ Para ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 169), «esta interpretación literal-sistemática de la norma, sin embargo, podría entrar en contradicción con una interpretación teleológica de la misma si se considerase que lo que persigue el precepto es proteger a los proveedores frente a prácticas dilatorias empleadas por algunos comerciantes».

Esta interpretación vendría avalada por la propia dicción de la Ley en su artículo 1.1, que declara tener «*por objeto principal establecer el régimen jurídico y general del comercio minorista*»³⁹.

El argumento encuentra su contrario en la propia letra del precepto transcrito, pues la Ley, al proclamar que éste es su objeto *principal*, deja abierta la puerta a otros posibles objetos *secundarios*, y no renuncia a regular en su seno cuestiones que, estrictamente, de no existir la salvedad del objeto principal, no cabrían en tal formulación⁴⁰. En este sentido, podemos mencionar el artículo 56.2 de la LOCM, que extiende la aplicación de las normas de la venta en pública subasta «*a las empresas que se dediquen habitualmente a esta actividad o al comercio al por menor*», de donde se desprende que hay sectores afectados por la Ley 7/1996 que no pertenecen estrictamente al del comercio minorista.

Además, tal hipótesis es contradictoria con la afirmación, compartida por quienes propugnan la aplicación restringida a los minoristas de las obligaciones establecidas por el artículo 17 LOCM, de que la norma en cuestión persigue la protección de la situación desventajosa en que se encuentran los proveedores, porque si el argumento literal se resume en que la Ley tiende a la ordenación del comercio minorista y por eso sólo a los minoristas debe aplicarse, ¿es lugar idóneo la LOCM para instalar una norma tuitiva de los intereses de una clase (los proveedores) ajena a la que la propia Ley proclama como su destinataria?

B) INTERPRETACIÓN HISTÓRICA

En cuanto a los antecedentes de la LOCM, en la Proposición de Ley de Comercio presentada por el Grupo Parlamentario Catalán,

³⁹ A esta conclusión llegan ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 169), quienes, tras aludir a la cuestión del objeto principal de la Ley, añaden que «las especialidades contenidas en el artículo 17 no alcanzarían, de prevalecer esta interpretación, a los comerciantes mayoristas». Para estos autores, entender que la norma es aplicable a las adquisiciones realizadas por comerciantes no minoristas constituye una «interpretación extensiva de una norma que, no se olvide, por mucho que constituya legislación civil y mercantil no deja de ser una ley especial». Por nuestra parte, creemos que el carácter de legislación especial no obsta en absoluto a que pueda propugnarse una interpretación extensiva (a pesar de que la que proponemos no lo sea), pues «especial» no significa «restrictiva de derechos». Además, tan especial es una norma dirigida al comerciante minorista, como la que afecta al mayorista, pues la especialidad reside en la condición de comerciante y no en la dimensión del mismo.

⁴⁰ Según ESCRIBANO COLLADO, *ob. cit.*, p. 38: «La Ley no tiene como *objeto principal* establecer el régimen jurídico del comercio minorista frente a las demás materias reguladas en la misma, que quedarían automáticamente calificadas como *objetos secundarios*, terminología ésta metajurídica y que, si algo pone de manifiesto, es exclusivamente la intencionalidad política del legislador de regular como preocupación principal el comercio minorista, lo cual, de ser exacto, es totalmente intrascendente para el ordenamiento jurídico».

que inició el proceso parlamentario que culminaría con la Ley 7/1996, no se aludía a proveedores y comerciantes, sino a vendedor y comprador, sirviendo el término «comerciante» para designar a uno y otro ⁴¹. Con respecto a la Proposición, la discusión sobre la exigibilidad o no de la condición de minorista carece de sentido, porque se trata de un texto con vocación de regular el comercio en general, no sólo el minorista. Ello se advierte claramente a la hora de comparar los conceptos que la Proposición y la Ley aportan sobre las actividades que regulan: mientras la Ley define el *comercio minorista* (cuyo régimen jurídico es su objeto principal, *ex* artículo 1.1) en su artículo 1.2, como «*aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos a los destinatarios finales de los mismos, utilizando o no un establecimiento*», la Proposición define la *actividad comercial* como «*la realizada con ánimo de lucro consistente en la oferta o en cualquier forma de venta, permuta, arrendamiento o transmisión de derechos de cualquier tipo sobre mercancías o productos, naturales o elaborados, para su posterior consumo o incorporación a un proceso de producción, y asimismo la prestación en el mercado de servicios de carácter final y la intermediación en estas actividades...*».

Como puede observarse, el primer texto es mucho más restringido que el segundo, pues excluye, en principio, de la definición cualquier contrato distinto a la venta, así como el ofrecimiento de servicios. Por otra parte, al no incluirse la referencia relativa a la incorporación a un proceso productivo de los productos objeto de adquisición, puede entenderse que está excluyendo de su regulación la adquisición de mercancías destinadas a la industria, exclusión con la que no estamos de acuerdo ⁴².

El Grupo Parlamentario Popular, primer firmante de la enmienda número 227, propuso la inclusión en la Ley de un capítulo que llevaba por rúbrica «*Del pago a proveedores*». En él se hacía ya alusión a proveedores y comerciantes, pero tampoco se plantea la necesidad de esclarecer si estos últimos habían de ser minoristas, porque el objeto de la Ley que se proponía como tex-

⁴¹ Cfr. *BOCG*, «V Legislatura», serie B, núm. 10, 26 de julio de 1993, p. 12 (arts. 88 y ss. de la Proposición de Ley).

⁴² Esta interpretación es, al menos, criticable, pues no se entiende la razón por la que el destino de las mercancías deba influir en la consideración de su tráfico como «comercial» u objeto de la actividad comercial, dado que la presencia de intermediarios no fabricantes entre éstos y los transformadores de los productos es perfectamente posible. Además, no hallamos la razón por la que un comerciante deba acatar los mandatos del artículo 17 en sus adquisiciones, por ejemplo, de productos elaborados y no cuando adquiere materias primas para elaborar esos productos. (Sería, por ejemplo, el caso de una gran superficie que adquiere bases de pizza para su venta directa a los consumidores, o para elaborarlas y venderlas ya cocinadas).

to alternativo a la Proposición del Grupo Catalán era, una vez más, la total actividad comercial.

El calificativo «minorista» como delimitador de la actividad comercial que constituiría el objeto de la Ley que se estaba gestando, aparece por primera vez en la enmienda número 146, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista para la modificación del título o denominación de la Ley, con la siguiente justificación: «*El título que se propone resulta más adecuado al verdadero contenido de la ley, evitando que lleve la misma denominación que un texto tan trascendental como es el Código de Comercio*»⁴³. Idéntica propuesta hizo el Grupo Parlamentario Catalán en su enmienda número 406, de modificación del título de la ley, esta vez, carente de justificación⁴⁴. Ambas enmiendas fueron aprobadas por la Ponencia con el voto favorable de los representantes de los Grupos Parlamentarios Socialista y Catalán y la abstención de los ponentes del Grupo Parlamentario Popular⁴⁵.

Por último, en el trámite de presentación de enmiendas por parte del Senado se incluye una para añadir el calificativo «minorista» al término «comercio» en el título de la Ley. La Cámara Alta justificaba esta adición «*por considerarse un título más adecuado al contenido de la norma, tal y como lo define su artículo primero*»⁴⁶. Por tanto, no puede afirmarse que en la intención del Parlamento, *ab initio*, estuviera la promulgación de una Ley cuyos mandatos y previsiones fueran únicamente aplicables a los comerciantes minoristas.

C) INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA

Del Informe de la Ponencia para analizar los plazos de pago entre empresas en el sector de la distribución y los problemas que se derivan como consecuencia de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones comerciales⁴⁷, se deduce que la problemática del progresivo alargamiento de los plazos de pago a proveedores guardaba relación con todo tipo de comerciantes, y no sólo con los minoristas. Así, dicho Informe alude constantemente a las grandes entidades de distribución y centrales de compra, que no tienen necesariamente que participar de la condición de comerciante minorista tal como la define la LOCM en su artículo 1.2⁴⁸. Por consi-

⁴³ Cfr. *BOCG*, serie B, núm. 10-14, 11 de octubre de 1994, p. 97.

⁴⁴ Cfr. *BOCG*, serie B, núm. 10-14, 11 de octubre de 1994, p. 176.

⁴⁵ Cfr. *BOCG*, serie B, núm. 10-16 (Informe de la Ponencia), 25 de septiembre de 1995, p. 219.

⁴⁶ Cfr. *BOCG*, «V Legislatura», serie B, núm. 10, 26 de diciembre de 1995, p. 251.

⁴⁷ Cfr. *BOCG*, «V Legislatura», serie E, núm. 118, de 6 de febrero de 1995, pp. 1 a 6.

⁴⁸ A la misma conclusión puede llegarse a la vista del trabajo de ROMÁN GONZÁLEZ («Plazos de pago. La necesidad...», *cit.*, p. 21), donde a la luz de datos referidos a 1992 se

guiente, si las medidas que se propusieron en dicho Informe y que, en gran parte, se han adoptado en el artículo 17 de la LOCM, pretendían poner fin a esta situación, no es lógico que su ámbito de aplicación e influencia se limite al sector del comercio minorista y que no pueda extenderse a las adquisiciones realizadas por los mayoristas, ya que también éstos son protagonistas del problema y su exclusión, a más de mermar la operatividad del precepto en cuestión, supondría una discriminación y desigualdad de trato no deseables.

D) INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA

Analizando los fines que inspiran el artículo 17 de la LOCM, pueden extraerse dos razonamientos pertenecientes a órdenes diversos y no por ello contradictorios:

1. Desde el punto de vista de los fines perseguidos por la norma, la propia preocupación de la Ley por los proveedores, cuya protección parece inspirarla, abona la opinión de que aquélla no se dirige únicamente a la regulación de intereses de los comerciantes minoristas, puesto que la condición de proveedor, entendiéndose por tal la persona que suministra a otra bienes para que esta última los comercialice (sin perjuicio de que de otra forma el proveedor pueda vender también al consumidor final), es contradictoria con la definición de comerciante minorista que se contiene en el artículo 1.2 de la LOCM. Esto se demuestra con el hecho de que las facultades contenidas en el artículo 17 pueden ser ejercitadas «*por las personas a quienes compran las mercancías*» los comerciantes, es decir, por aquellos que venden a un comerciante, y no por quienes venden a los consumidores finales. En otras palabras, cuando la Ley confiere al proveedor los derechos contenidos en el artículo 17, lo hace *a sabiendas* de que no es un comerciante minorista (puesto que no se relaciona con el consumidor final), ya que protege sus intereses *sólo* cuando no actúa como tal comerciante al por menor. Por tanto, si la Ley declara abiertamente que alguno de los derechos que confiere no se dirigen al comerciante minorista, ¿por qué habría de entenderse que las obligaciones que instituye sólo deben ser cumplidas por los comerciantes al detalle y no también por los mayoristas?

2. Desde un punto de vista lógico, si las garantías que el artículo 17 ofrece a los proveedores no fueran exigibles por éstos más que cuando realizan transacciones comerciales con minoristas⁴⁹, sería muy fácil circunvalar la norma interponiendo en tal

pone de manifiesto que el plazo de pago a proveedores de las grandes empresas mayoristas españolas era de 111 días, mientras que el de las *pymes* mayoristas era de 90 días.

⁴⁹ Una vez más reiteramos que empleamos el término «minorista» con el sentido técnico que le atribuye la Ley de Ordenación en el artículo 1.2.

comercio a una central de compras, de modo que el proveedor vendiera directamente a esta última, que sí podría imponerle unas condiciones de aplazamiento en los pagos distintas a las establecidas por el precepto en cuestión. Además, de esta forma, quedaría muy lejos de conseguirse la finalidad pretendida por la Ley de incidir positivamente en el acortamiento de los plazos de pago imperantes hoy en el sector comercial en general y, especialmente, en el del comercio minorista.

1.2 Interpretación del término «proveedor»: hacia un concepto funcional

En cuanto al proveedor, deseamos romper una lanza en pro del carácter con que la LOCM emplea este término.

De la lectura de los estudios económicos realizados sobre la cuestión del pago a proveedores y de la inserción de los empresarios que se consideran como tales en asociaciones u organizaciones de defensa de sus intereses, así como el correlativo fenómeno asociacionista de las entidades o empresas de distribución, se desprende que el mercado está polarizado en estos dos grandes grupos, portadores de intereses claramente contrapuestos, y divididos por una barrera aparentemente infranqueable determinada por su actividad.

Sin embargo, la LOCM, al no ofrecer una definición de proveedor caracterizadora de sus rasgos esenciales, rompe en cierto sentido esa barrera, puesto que una empresa distribuidora puede perfectamente ostentar la condición de proveedor con respecto a empresas comerciales de menor dimensión. De este modo, y con independencia de que un agente (considerado proveedor en todos los sentidos) pueda vender a mayoristas y minoristas (ambos comerciantes), aquéllos, al trasladar sus productos a estos últimos se convierten también en proveedores, por lo que pueden hacer uso de lo dispuesto en el artículo 17, sin que su integración en asociaciones de comerciantes impida la mutación de su condición en función de los agentes con quienes contrate.

Esto significa que se perciben al menos dos acepciones del término «proveedor» en el mundo afectado por la norma que nos ocupa: una de carácter economicista y sectorial, que viene dada por la ocupación u objeto de la actividad (societaria o no) que desarrolla el sujeto en cuestión. La segunda, acogida a nuestro juicio por la LOCM, viene dada por la posición que en cada momento, para cada operación en concreto, ocupan los sujetos afectados por la norma. Así, la LOCM ni entra, ni debe entrar, en consideraciones relativas al objeto social o giro de cada sujeto implicado en los negocios que

regula en el artículo 17 LOCM, sino que, en nuestra opinión, adopta un *concepto funcional de proveedor*, independientemente de que éste sea extractor, fabricante, productor o comerciante.

Lo expuesto no quiere decir que esta amplitud haya sido una decisión consciente del legislador, pero lo cierto es que tampoco existen argumentos *ex lege* para entender que su intención ha sido otra, y, en cualquier caso, de la letra de la Ley la interpretación que, a nuestro juicio, se desprende es la expuesta.

1.3 Especial consideración de la posición de la central de compras

La constitución de centrales de compra es una manifestación del fenómeno del comercio asociado por motivos de gestión ⁵⁰. Son uniones de comerciantes minoristas pertenecientes a un mismo sector, que se agrupan para obtener ventajas económicas a la hora de realizar sus adquisiciones, dado que a mayor volumen de pedido, se incrementan las posibilidades de disfrutar de un mejor precio. Igualmente, las centrales de compra aprovechan eventuales ofertas que, de forma ocasional, le realizan los proveedores. A esta mejora de las condiciones de compra se añaden los beneficios de una gestión común ⁵¹.

Para llevar a cabo esta tarea, la central de compras suele adquirir personalidad jurídica propia, a través de la adopción de formas jurídicas como las sociedades cooperativas o anónimas. Sus integrantes, los comerciantes que se adhieren a la central (que no suelen tener otro vínculo jurídico entre sí), suscriben el capital y pagan una cotización fija o periódica, proporcional a sus compras, para atender los gastos de gestión ⁵².

Pues bien, la cuestión que se plantea con relación al tema que nos concierne es la siguiente: ¿puede considerarse incluida en el término «comerciante» la central de compras o actúa incluso como «proveedora» de los comerciantes minoristas que la integran? ¿Debe cumplir en sus adquisiciones las prescripciones del artículo 17 de la LOCM?

⁵⁰ Según la Dirección General de Comercio Interior («Cien cuestiones básicas de Comercio Interior», *Colección Estudios de Comercio Interior*, Madrid, 1995, pp. 211 y 212), la fórmula asociativa del comercio asociado «se podría definir como una asociación de diferentes establecimientos que, manteniendo su distinta propiedad, tienen como fin la realización de ciertas actividades comunes, relativas a la mejora de la gestión de los comercios». Cuando tal asociación se emprende por motivos de gestión, «la asociación tiene su fundamento en el hecho de que la unión de varios comerciantes permitirá la mejora de la gestión de sus respectivos negocios».

⁵¹ Todas estas afirmaciones se deben a la DGCI, «Cien cuestiones...», *cit.*, p. 227.

⁵² *Cfr.* DGCI, «Cien cuestiones...», *cit.*, p. 227.

En cualquier caso, adquiera o no la central de compras personalidad jurídica ⁵³, sobre lo que no parecen existir dudas es acerca del hecho de que la central actúa como un intermediario. Esa intermediación puede desarrollarse en virtud de una comisión para compras, o bien, simplemente, en virtud de un mandato ⁵⁴. La cuestión polémica estriba en si esa labor de intermediación trasciende y se manifiesta al exterior, contratando la central en nombre ajeno, o, por el contrario, permanece oculta, contratando entonces en nombre propio ⁵⁵.

Partiremos de dos premisas diferentes para responder a estos interrogantes:

A) LA CENTRAL DE COMPRAS ACTÚA COMO UN COMISIONISTA DE LOS COMERCIANTES AL POR MENOR

Si la central adquiere las mercancías *en nombre y por cuenta de los comerciantes minoristas* que la componen, entonces parece que no deben suscitarse dudas acerca de si resulta o no aplicable el artículo 17 a dichas adquisiciones, puesto que la central contrata en calidad de representante de los minoristas y existe unanimidad respecto al hecho de que las adquisiciones de estos últimos quedan afectadas por el artículo en cuestión ⁵⁶. En otro caso, si la central

⁵³ Al no existir una regulación directa de las centrales de compra, la posibilidad de que sean un ente de hecho sin personalidad jurídica no puede excluirse *a priori*. Es claro que en el caso de que la central de compras adopte una forma societaria, mercantil o civil, su régimen jurídico de actuación deberá someterse y regirse por las normas que disciplinan el tipo concreto que se haya asumido y habrá de determinarse el objeto social. Pero si no es ése el caso, la central de compras no tiene por qué tener una disciplina uniforme.

⁵⁴ Ambos contratos pueden ser gratuitos o remunerados (*ex arts. 277.I CCO y 1711 CC, respectivamente*). La diferencia entre ellos estriba en que para que exista comisión mercantil que, como dice el artículo 244 no es más que un mandato cuando se dan ciertas condiciones, es necesario que tenga por objeto un acto u operación de comercio, o bien que una de las partes sea comerciante o agente mediador del comercio.

⁵⁵ Ambos tipos de comisión mercantil se contemplan en el artículo 245 CCO. En los preceptos siguientes se establecen las particularidades de régimen jurídico que atañen a una y otra modalidad de comisión.

⁵⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1493) considera no sólo que las adquisiciones realizadas o intermediadas por las centrales de compra están incluidas en el artículo 17, sino que constituyen el supuesto de hecho preferentemente contemplado por el mismo. Por su parte, LEMA DEVESA (*ob. cit.*, pp. 18 y 19), tras poner de manifiesto que conforme a la definición de comercio minorista contenida en el artículo 1.2 de la Ley es claro que las centrales de compra no ejercen estrictamente tal actividad, considera que existe una razón jurídica y una razón teleológica para considerar incluidas en el artículo 17 «las operaciones concluidas entre proveedores y centrales de compra que actúan en nombre y por cuenta de comerciantes minoristas». Con respecto a la primera, estriba en que las operaciones celebradas por la central por cuenta y en nombre de los minoristas, «deben ser consideradas, a todos los efectos, como si fueran operaciones concluidas entre el proveedor y los comerciantes minoristas representados». Por lo que hace a la teleológica, estriba en que de sostenerse la opinión contraria, bastaría para burlar el artículo que los minoristas constituyesen centrales de compra.

contrata *por cuenta de los minoristas, pero en nombre propio*, surge el problema de que la relación entre la central de compras y sus asociados no trasciende al exterior, por lo que ésta no puede revestirse del carácter de los minoristas para adquirir de los proveedores. No obstante, las adquisiciones así realizadas son encargadas por los minoristas, y producen efecto jurídico en sus respectivos patrimonios, por lo que las operaciones revierten en los minoristas, con independencia de que los proveedores no puedan dirigirse directamente contra ellos para reclamar los pagos ni el cumplimiento de las exigencias del artículo 17 de la LOCM⁵⁷. Por tanto, las razones que inducen a aplicar el artículo 17 a las adquisiciones de los comerciantes minoristas, siguen estando presentes cuando esas adquisiciones se realizan mediante una comisión de compras asumida por la central, aunque ésta lleve a cabo dicha comisión en nombre propio o ajeno.

Sí es cierto, sin embargo, que esta circunstancia variable (la de la contratación en nombre del comitente o del comisionista), influye en el modo de cumplimiento de las obligaciones instituidas por el precepto que nos ocupa, pues cuando la central actúa en nombre de sus asociados, son éstos los obligados a emitir o aceptar los documentos cambiarios a que se refiere el artículo 17.3. Por contra, si la central actúa en nombre propio, sin trascender la identidad de su comitente, deberá ser ella la que emita o acepte el preceptivo documento, y es aquí donde se pone de manifiesto la importancia de la existencia o no de una personalidad jurídica de la central de compras, porque si la tiene, no habrá inconveniente alguno en que sea ella la que emita o acepte el documento cambiario pertinente, pero si no la tiene, ¿a quién podrá reclamar el proveedor el cumplimiento de las garantías del precepto que nos ocupa? Es claro que, en principio, a los asociados no, puesto que la identidad de los comitentes permanece oculta. Pero si la central no tiene personalidad jurídica, tampoco puede obligarse. Por consiguiente, dado que se trata de medidas favorecedoras y tuitivas del interés del proveedor, entendemos que debe ser diligencia suya constatar cuál es la situación jurídica de la central de compras con la que contrata, e indagar si tiene la personalidad y capacidad necesarias para adquirir obligaciones⁵⁸.

⁵⁷ Así lo dispone el artículo 246 CCO para la comisión en nombre del propio comisionista: «*Cuando el comisionista contrate en nombre propio, no tendrá necesidad de declarar quién sea el comitente, y quedará obligado de un modo directo, como si el negocio fuese suyo, con las personas con quienes contratarse, las cuales no tendrán acción contra el comitente, ni éste contra aquéllas, quedando a salvo siempre las que respectivamente correspondan al comitente y al comisionista entre sí.*»

⁵⁸ Excede al objetivo de nuestro trabajo realizar una investigación acerca de la, sin duda, interesantísima cuestión de la personalidad jurídica de las centrales de compra, por

En cuanto a la afirmación de que, teniendo personalidad jurídica, puede exigirse a la central el cumplimiento de las cautelas del artículo 17, nos basamos en nuestro argumento, anteriormente expuesto y justificado, de que *todo comerciante* (y es claro que la central comercia) que adquiera mercancías de un proveedor, ya sea minorista o mayorista, está sometido a los mandatos del precepto. De este modo, es indiferente que la central no encaje en el concepto de minorista que se desprende del artículo 1.2 de la Ley, porque la aplicación del artículo 17 excede de ese ámbito concreto.

B) LA CENTRAL DE COMPRAS ACTÚA COMO UN COMERCIANTE MAYORISTA

Si la central actúa como un comerciante mayorista que decide qué mercancías adquiere para sí y cuáles no (aunque sea teniendo en cuenta las necesidades de un mercado reducido formado por sus propios asociados), y abastece a los comerciantes minoristas que la integran, entonces, y en coherencia con nuestros anteriores argumentos, el artículo 17 se aplica a las centrales de compra por arriba y por abajo, es decir: como comerciante debe emitir o aceptar documentos cambiarios y presentar aval o seguro a requerimiento del proveedor; como proveedora, a su vez, de los minoristas (conforme a aquella inteligencia funcional del concepto que propugnábamos) puede exigir que éstos le presenten iguales garantías ⁵⁹.

2. EL OBJETO DEL PRECEPTO: DETERMINACIÓN DE LOS TIPOS DE OPERACIÓN QUE CAEN EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO

El acotamiento del tipo de operaciones comerciales que integran el objeto de las cautelas contenidas en el artículo 17 LOCM no es cuestión baladí, pues de la interpretación de la norma que se acoja dependerá el hecho de que los proveedores puedan exigir su cumplimiento en según qué contrato.

La primera consideración que debe hacerse y que constituye el punto de partida para entender los límites objetivos del precepto que nos ocupa, es que la relación que se contempla en el artículo es claramente mercantil, puesto que el objeto de la misma lo constituyen contratos («*adquisiciones*», en la letra de la Ley) que son actos

lo que nos limitamos aquí a plantear algunos problemas que se suscitan en torno a ella y la aplicación del artículo 17 de la LOCM.

⁵⁹ En contra de la aplicación del precepto a las centrales de compra se manifiesta MARÍN LÓPEZ, *ob. cit.*, p. 334.

de comercio, y al menos una de las partes implicadas es comerciante y actúa en calidad de tal, por lo que puede decirse que la relación es mercantil tanto por el objeto, como por los sujetos.

En cuanto a la cuestión de qué actos o contratos pueden entenderse sometidos a la normativa instaurada por el artículo 17, se hace nuevamente necesario emprender una labor de interpretación.

La primera alusión que se contiene en la Ley acerca de cuál pueda ser el objeto de la norma, ya se hace, en sede general, y no especialmente para este precepto, en el artículo 1.2, cuando al definir el comercio minorista se declara que es la actividad consistente «*en ofertar la venta de cualquier clase de artículos*». De esta definición puede extraerse *prima facie* la conclusión de que sólo los contratos de compraventa celebrados entre proveedores y comerciantes estarán protegidos por el artículo 17 LOCM. Sin embargo, esto es erróneo, pues el tráfico entre dichos sujetos no se ajusta bien a la definición que la Ley da de comercio minorista, ya que el artículo en parte transcrito continúa precisando que tal oferta de venta de artículos habrá de hacerse «*a los destinatarios finales de los mismos*». Como puede fácilmente entenderse, el comerciante minorista a quien el proveedor «oferta» sus mercancías no es un destinatario final.

Por su parte, la rúbrica del capítulo IV, en el que se inserta el artículo 17, al aludir a las *adquisiciones* de los comerciantes, evoca una relación de propiedad entre estos últimos y los artículos que les suministran los proveedores. La redacción del propio artículo 17 induce a pensar que el legislador identifica constantemente adquisición con compraventa, lo que puede colegirse de los siguientes detalles:

1. El tenor literal del apartado 3 que alude a los acuerdos de los comerciantes «*con las personas a quienes compran las mercancías*», esto es, a los proveedores. El artículo no hace referencia a ningún otro tipo de contrato, únicamente a la compraventa.

2. El apartado 5 contiene una previsión especial para la determinación de la fecha de entrega de mercancías consumibles en el caso de que éstas hayan sido inicialmente entregadas al comerciante por un título distinto al de compraventa, pero esta previsión sólo se aplica *si finalmente se adquieren esas mercancías* por parte del comerciante; lo que puede interpretarse en el sentido de que, una vez más, el artículo 17 de la LOCM contiene una regulación aplicable únicamente a los contratos de compraventa ⁶⁰.

⁶⁰ En el Capítulo III nos ocupamos extensamente del análisis del artículo 17.5. Ahora se trae a colación como un elemento hermenéutico más que nos permita acotar el ámbito objetivo de las garantías establecidas en el artículo 17. Su texto es el siguiente: «*A los efectos prevenidos en el presente artículo y con referencia exclusiva a los bienes consumibles, se entenderá como fecha de entrega aquella en la que efectivamente se haya produ-*

El hecho de la inclusión del apartado 5 en el artículo 17 podría entenderse de dos modos diversos:

1.º El régimen del artículo 17 sólo se aplica a los contratos de compraventa, salvo que lo vendido sean bienes consumibles, en cuyo caso, se aplica también a los contratos afines a la compraventa.

2.º El régimen del artículo 17 se aplica tanto a los contratos de compraventa como a los afines, pero cuando lo vendido sean bienes consumibles, se tendrá por fecha la de la entrega y no la de la efectiva adquisición del dominio.

Esta última interpretación es la que nos parece más ajustada a Derecho, puesto que el artículo 17.5 no alcanza a modificar el ámbito objetivo de todo el artículo 17, sino que se limita a establecer una regla especial de determinación de la fecha de entrega de las mercancías para el caso de que se haya producido una adquisición de las mismas posterior a su posesión en otro concepto por el comerciante.

3. La variación que la exclusiva referencia a la «venta» en el artículo 1.2 LOCM supone con respecto al objeto, mucho más amplio, incluido en la Proposición inicial del Grupo Parlamentario Catalán. En efecto, tal como apuntábamos al tratar del criterio hermenéutico histórico ⁶¹, la Proposición de Ley contemplaba un número mucho mayor de actos y contratos como componentes de la actividad comercial.

Que la compraventa está contemplada en el artículo 17 está fuera de toda duda. Como consecuencia del carácter mercantil de la relación a que antes hacíamos referencia, hay que cuestionarse si toda compraventa realizada por un comerciante, independientemente de su naturaleza civil o mercantil, estará sujeta a los mandatos del precepto o únicamente habrán de estarlo las que revistan carácter mercantil ⁶². Si se opta por esta segunda solución, habría que entender excluidas de la aplicación del artículo los contratos de compraventa que no se reputan mercantiles a tenor del artículo 326 CCO ⁶³.

cido, aunque, inicialmente, el título de la entrega fuese distinto del de compraventa, siempre que las mercancías hayan sido, finalmente, adquiridas por el receptor».

⁶¹ Cfr. *supra*.

⁶² Según el artículo 325 CCO: «Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa».

⁶³ A tenor del artículo 326 CCO: «No se reputarán mercantiles:

1.º Las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquieren.

2.º Las ventas que hicieren los propietarios y los labradores o ganaderos de los frutos o productos de sus cosechas o ganados, o de las especies en que se les paguen las rentas.

3.º Las ventas que, de los objetos contruidos o fabricados por los artesanos hicieren éstos en sus talleres.

4.º La reventa que haga cualquier persona no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo».

Sin embargo, no parece que ésta sea la conclusión adecuada, puesto que el artículo 17 se extiende a las adquisiciones realizadas por los comerciantes a sus proveedores, sin que se establezcan distinciones ni exclusiones en razón del régimen jurídico, civil o mercantil, a que deba someterse el contrato de compraventa. De este modo, puede decirse que están sometidas al régimen establecido por el artículo 17 las compraventas mercantiles y las civiles realizadas por los comerciantes *en su condición de tales*, y con el propósito de revender las mercancías adquiridas, lo que deja fuera los supuestos de los apartados 1.º y 4.º del artículo 326 CCO ⁶⁴.

La doctrina es pacífica a la hora de considerar que no sólo el más tradicional contrato de compraventa debe sujetarse a las prescripciones del artículo 17, sino que también se someten al mismo otros contratos como el estimatorio, el contrato de suministro y las distintas modalidades de compraventa: con facultad de usar o probar el bien objeto de venta, ventas a ensayo o prueba y ventas *ad gustum* ⁶⁵.

En cuanto a las operaciones que dentro de una misma modalidad contractual se distinguen por el momento previsto para el pago, el artículo 17 contiene mandatos aplicables a cualquier operación, independientemente de cuál sea el momento previsto para su cumplimiento. Sí es cierto que el precepto establece unos ciertos tramos de duración de los aplazamientos de pago para ir endureciendo paulatinamente las garantías de que el mismo se atenderá en el momento establecido y, así, contempla operaciones de pago al contado, operaciones con un aplazamiento entre uno y más de sesenta días, entre sesenta y uno y ciento veinte días y operaciones de pago diferido a más de ciento veinte días, contados siempre desde la fecha de entrega y recepción de las mercancías por el comerciante ⁶⁶.

⁶⁴ Para ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 171) hay que entender excluidos de la aplicación del artículo 17 los supuestos contemplados en los apartados 1.º y 4.º del artículo 326 CCO, por estar referidos, respectivamente, a la compra de efectos destinados al consumo del comprador y a la reventa del resto de acopios hechos para el consumo propio, afirmación con la que estamos de acuerdo.

⁶⁵ Así lo entienden ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 172), FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1496) y LA CASA (*ob. cit.*, p. 5).

⁶⁶ Por consiguiente, no estamos de acuerdo con la afirmación de FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, pp. 1495 y 1496), según la cual «quedan fuera del precepto las ventas con pago al contado (o anticipado) del precio. El objeto del precepto es la regulación de las compras de mercaderías con precio aplazado con una finalidad tuitiva inversa a la de la legislación de ventas a plazos». En nuestra opinión, los únicos apartados que no son aplicables a las ventas con pago al contado son por definición, el apartado 3, y por la dinámica del contrato estimatorio, el apartado 5. Sin embargo, son perfectamente aplicables a esta modalidad de pago las previsiones de los apartados 1 (que incluso establece el contado como regla general de pago en defecto de pacto), 2 y 4 del artículo 17.

III. ANÁLISIS DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

1. CONSECUENCIAS JURÍDICAS COMUNES A TODO TIPO DE «ADQUISICIONES DE LOS COMERCIANTES», YA SEAN DE PAGO INSTANTÁNEO, YA SEAN DE PAGO APLAZADO

El artículo 17 LOCM contiene una regulación que resulta aplicable a cuatro tipos de operación adquisitiva:

1. Las que se finalizan mediante un pago instantáneo, generalmente simultáneo a la entrega de la mercancía adquirida.
2. Aquellas cuyo pago se aplaza por un período de tiempo inferior a sesenta días desde la entrega.
3. Aquellas cuyo pago se aplaza por un período de tiempo que se sitúa entre los sesenta y los ciento veinte días desde la entrega.
4. Las que difieren el pago hasta un momento que dista de la entrega más de ciento veinte días.

1.1 *Dies a quo* del cómputo del plazo: el momento de la entrega de las mercancías

A todas ellas resulta común el momento a partir del cual comienzan a correr los plazos y que no es otro que aquel en que los proveedores hacen entrega a los comerciantes de sus mercancías ⁶⁷. Sin embargo, la duración de cada uno de estos plazos determina la exigencia de una serie de garantías de cobro para el proveedor diferentes, más severas a medida que crece el período del aplazamiento, que justifican el interés del legislador por asegurar la constancia de la fecha de entrega.

La fijación del momento a partir del cual comienzan a contarse los plazos tiene especial importancia, porque su indeterminación podría resultar un modo de burlar las cautelas establecidas en el artículo en orden a lograr el cumplimiento de los plazos pactados, ya que la mora y, por consiguiente, la exigencia de intereses, son efectivos a partir del día siguiente al previsto para el pago ⁶⁸, pero no tie-

⁶⁷ En el mismo sentido, *cfr.* por todos, MARÍN LÓPEZ, p. 336.

⁶⁸ Así lo establece el artículo 17.4 LOCM, en plena coherencia con el artículo 63.1 del CCO. Además, la intimación del acreedor al deudor para que realice el pago no es necesaria: en primer lugar, porque el carácter «automático» del devengo de los intereses moratorios proclamado por el primero de los preceptos citados salva esa necesidad; en segundo lugar, porque el artículo 1100 *in fine* CC consagra que en las obligaciones bilaterales o recíprocas «desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro».

ne consecuencias económicas perjudiciales para el comerciante alargar la fecha a partir de la que se cuenta el plazo, por ejemplo, recibiendo la mercancía un día determinado y haciendo constar en el albarán como fecha de recepción la fecha de emisión de la factura enviada por el proveedor, con quien puede haber pactado que dicha factura se envíe, por ejemplo, un mes más tarde. De este modo, se estaría prolongando el tiempo que el proveedor tarda en cobrar, sin que estrictamente se contabilice este período como aplazamiento del pago, aunque *de facto* lo sea.

La obligación de los comerciantes de documentar la operación de entrega y recepción de las mercancías haciendo mención expresa de la fecha en que tienen lugar, se dirige precisamente a evitar el falseamiento de tal extremo ⁶⁹.

Por su parte, el artículo 17.5, respecto de los bienes consumibles, viene a salvar el dilema que podría plantearse en cuanto a la determinación del *dies a quo* en el caso de producirse entregas no traditorias, es decir, cuando los comerciantes reciben productos para su venta, sin adquirir la propiedad de los mismos, sin asumir el riesgo de las ventas ⁷⁰. Para este supuesto, el artículo se acerca a la regla general, al prever que el momento del cómputo del plazo será el de la fecha de la entrega efectiva y no el de la fecha de adquisición por el receptor. Con esta medida se trata de evitar la inseguridad que produce la no constancia del momento de la adquisición real de las mercancías por el comerciante, aunque puede acarrear otros problemas que analizaremos más adelante, en el lugar dedicado al apartado 5 del artículo 17.

Por último, hemos de plantearnos cuál es la fecha que ha de tomarse como referencia para los casos de fraccionamiento de la entrega. El fraccionamiento puede ser consecuencia de dos factores distintos:

1. Puede pactarse la entrega fraccionada en virtud de un mismo contrato, resultando que cada acto de entrega parcial no es autónomo e independiente, sino que la entrega se entiende realizada cuando íntegramente se realiza la prestación del proveedor, esto es, cuan-

⁶⁹ Esta obligación de documentación, como sabemos, se establece en el artículo 17.2 LOCM. Su contravención está tipificada como infracción grave en el artículo 65.1 letra g), ya que normalmente quien deja constancia escrita de la fecha de entrega de las mercancías y tiene, por tanto, mayores posibilidades de falsear el dato es el comerciante. No obstante, la letra del último precepto citado puede inducir a error acerca del sujeto infractor que se contempla, como ya explicaremos con ocasión del tratamiento del régimen del albarán (Cfr. *infra*).

⁷⁰ La misma idea expresa MARÍN LÓPEZ, *ob. cit.*, pp. 336 y ss: «El precepto hace referencia a aquellos contratos, como el estimatorio o el de depósito, que transfieren la posesión a quien después se convierte en adquirente de los mismos».

do se efectúa la última entrega parcial, salvo pacto de las partes en el sentido de entender que la fecha de cada entrega parcial debe tener virtualidad propia. En este caso, si las partes no expresan una intención diversa, se tomaría como fecha *a quo* del aplazamiento la de la última entrega ⁷¹.

2. El fraccionamiento puede ser elemento natural del contrato, como ocurre en el caso del suministro, en el que cada entrega de mercancías constituye una prestación independiente, con un régimen de pago autónomo. En estos casos, la fecha que ha de tomarse en consideración es la de cada una de estas entregas.

1.2 La obligación de los proveedores de indicar en la factura el día en que debe producirse el pago. Incidencia en la obligación de los comerciantes de entregar documentos con acción cambiaria aparejada

El artículo 17.2.II LOCM establece que «... *los proveedores deberán indicar en su factura el día del calendario en que debe producirse el pago*».

En primer lugar, hemos de hacer hincapié en la redacción de la Ley, que, como puede apreciarse, alude a la obligación de los proveedores de consignar en su factura la fecha prevista para el pago de la deuda, pero en absoluto se refiere a una lógica obligación del proveedor de emitirla o entregarla al comerciante.

Sin embargo, la necesidad de que el proveedor proceda a enviar la factura al comerciante puede deducirse de los siguientes factores:

1. La existencia en el ámbito tributario del Real Decreto 2402/1985, de 18 de diciembre (modificado posteriormente por los Reales Decretos 1841/1991, de 30 de diciembre, en su artículo 3 y 267/1995, de 24 de febrero, también en su artículo 3, que *obliga* a emitir factura por operación, además en el plazo de treinta días desde la entrega de las mercancías. Su contravención constituirá un ilícito administrativo-fiscal, sujeto a las sanciones tributarias correspondientes ⁷².

2. Desde el punto de vista civil o sustantivo, en la LOCM se configura como una *carga* del proveedor, ya que la norma supedita

⁷¹ Así ocurriría en el contrato de obra por fases, en el que puede pactarse la entrega de las distintas etapas de la construcción sin que el precio sea exigible hasta la finalización de la misma, o bien el pago (aplazado o no) de cada fase de la obra a partir de su realización.

⁷² El régimen fiscal de la obligación de expedir factura excede del objetivo de nuestra investigación, por lo que no profundizaremos en esta cuestión. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1501).

la obligación de documentación por parte de los comerciantes al previo envío de la factura por el proveedor, a pesar de la previsión inicial de que la emisión o aceptación del documento cambiario debía hacerse en el plazo de treinta días desde la entrega de las mercancías, y no desde el envío o recepción de la factura ⁷³.

Sin embargo, desde el punto de vista de la potestad sancionadora de la Administración por infracción de la LOCM, tampoco parece tratarse de un comportamiento debido, puesto que lo que se tipifica como infracción es el falseamiento de la fecha de entrega de las mercancías que no tiene que constar necesariamente en la factura, realidad que es cuando menos criticable, puesto que a los comerciantes sí se les impone la obligación, respaldada por la tipificación como infracción grave de su incumplimiento, de entregar a los proveedores el documento dotado de ejecución cambiaria (*ex art. 65.1 letra f)* de la LOCM).

El artículo 17.3 LOCM no contempla la posibilidad de que la factura se envíe o llegue a manos del comerciante después de los treinta días de la recepción de las mercancías, en cuyo caso, creemos que deberá emitirse el documento cambiario en el mínimo plazo necesario para que el comerciante realice las diligencias oportunas, sin que se le concedan términos especiales para cumplir con esta obligación ⁷⁴. Algún autor entiende que, a pesar de que la Ley aluda a la emisión de la factura, lo correcto es aguardar a que el comerciante la reciba para entender efectiva su obligación de instrumentar el pago en documento cambiario, entre otras cosas, porque la fecha de pago que deberá hacer constar en dicho documento habrá de ser coincidente con la que el proveedor haya consignado en su factura ⁷⁵. A nuestro juicio, adoptar esta solución sin mayores matices no resuelve el problema de la inseguridad que produce el desconocimiento del momento de emisión de la factura por el proveedor, sino que, simplemente, lo sustituye por la indeterminación e ignorancia del momento en que el comerciante la recibe. Pero el punto de partida es correcto: lo importante es que la factura llegue a poder del comerciante, por eso sería aconsejable que se exigiera que la remisión per-

⁷³ En el mismo sentido interpretan la norma FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1501 y 1503) y LA CASA (*ob. cit.*, p. 10). ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 174) dan un paso más, al entender que «de no haberse remitido previamente la factura, no puede correr plazo alguno en contra del adquirente», interpretación que consideramos excesiva y no ajustada a la letra de la Ley.

⁷⁴ Para LA CASA (*ob. cit.*, p. 11), la documentación del comerciante deberá hacerse de forma inmediata. En contra, ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 174).

⁷⁵ Es el caso de LA CASA (*ob. cit.*, p. 11), quien entiende que, pese a que el artículo 17.3 LOCM aluda sin más a la remisión de la factura por parte del proveedor, «deberá aguardarse, a lo que creemos, a la recepción del mencionado documento por el comerciante para considerar verificada la exigencia legal».

mitiera dejar constancia de la fecha de la recepción, enviando la factura, por ejemplo, con acuse de recibo. De este modo, constaría tanto la fecha de emisión como la de recepción del documento. En cualquier caso, esto no eliminaría el hecho de que el plazo de treinta días, sin prórrogas contempladas por la Ley, que se concede al comerciante para cumplir con su obligación de documentación cambiaría se compute desde la fecha de recepción de las mercancías y no desde la de emisión o recepción de la factura.

Tampoco contempla la LOCM la posibilidad de que la factura contenga errores o incorrecciones formales o de que la mercancía sufra avatares que condicionen y modifiquen la realidad de la operación que consta en la factura. Así lo lógico es que en ésta se hagan sentir los efectos de circunstancias como, por ejemplo, las devoluciones de productos defectuosos. Es decir, la Ley no contempla la existencia de un plazo de subsanación de errores, y ello no es cuestión baladí porque la factura determina menciones esenciales de los documentos cambiarios que se exigen al comerciante, como pueden ser la fecha de pago y el importe de la cantidad aplazada.

En efecto, no es lógico que el comerciante se obligue cambiariamente por un importe (fijado en la factura) correspondiente a mercancías que no ha recibido y ello porque, si bien puede ocurrir que éstas sean inmediatamente reemplazadas por el proveedor, puede también suceder que el reemplazo no sea posible o se dilate en el tiempo debido a multitud de factores: escasez de existencias, problemas en el transporte, discusión sobre el agente causante del deterioro, etc. En estas circunstancias, la emisión o aceptación de documento cambiario por parte del comerciante, sin esperar a la recepción de la factura correcta y acorde con la realidad de la operación, puede suponer un reconocimiento de deuda con efectos irreversibles si el título circula, ya que a quien presenta dicho título al cobro no podrían oponérsele las excepciones derivadas del negocio causal subyacente celebrado entre el proveedor y el comerciante ⁷⁶, y, además, un enriquecimiento injusto para el proveedor que negocia el título en función del importe total que incorpora.

Por esta razón, entendemos que sería aconsejable la contemplación de un plazo de subsanación de los errores materializados en la factura, suficientemente amplio como para que se produjera una verificación o comprobación del estado de las mercancías recibidas y de la legalidad extrínseca e intrínseca del documento expedido por el proveedor. Además, no es de extrañar que la práctica acoja de

⁷⁶ Cfr. arts. 20 y 67 LCC.

hecho esta solución, de modo que el comerciante no se obligará cambiariamente en tanto no se le entregue una factura a la que preste su total conformidad ⁷⁷.

En relación con esta cuestión, el Grupo Parlamentario Catalán, a través de la Enmienda número 487 ⁷⁸, propuso la inclusión en la Ley de un artículo de nueva redacción dedicado a las «Anomalías en el Albarán y Factura», que finalmente no aparece entre las enmiendas aprobadas por la Ponencia ⁷⁹.

En otro orden de cosas, el elemento más importante de la factura, aparte de servir de medio de prueba de la existencia de la deuda, es la obligación de los proveedores de fijar en ella la fecha de pago, que deberá reproducirse en el documento cambiario y que servirá de

⁷⁷ Esta propuesta no es, en esencia, novedosa: ya el Informe de la Ponencia... (BOCG, «V Legislatura», serie E, núm. 118, de 6 de febrero de 1995, p. 5) proponía que se estableciera en la Ley un plazo de diez días desde la entrega del albarán para que el comerciante pusiera en conocimiento del proveedor las deficiencias observadas en el envío o en la factura remitida por el proveedor, para que éste las subsanara: «Transcurrido ese plazo, y una vez subsanadas las posibles deficiencias, el proveedor deberá emitir nota de cargo o abono sobre la factura en la que habrá de constar la fecha de pago acordada». Por su parte, el Grupo Parlamentario Popular, primer firmante de la Enmienda número 227 a la totalidad de la Ley (BOCG, serie E, núm. 10-14, p. 131) propuso un texto alternativo en el que por primera vez se contiene un capítulo dedicado al pago a los proveedores. En el artículo 18 de dicho texto se disponía que la obligación legal de pagar el precio no contara hasta «una vez puestos los artículos o productos a disposición del comerciante y dándose éste por satisfecho».

⁷⁸ La enmienda número 487 (BOCG, serie B, núm. 10-14, de 11.10.94, p. 201) era del siguiente tenor:

«Anomalías en el Albarán y Factura

1. *El comprador dispondrá de un plazo de 10 días a partir de la fecha de recepción de las mercancías, para comunicar al proveedor cualquier anomalía o deficiencia observada en la cantidad o calidad de las mismas.*

2. *El proveedor, una vez constatadas estas posibles anomalías o deficiencias, emitirá nota de abono o de cargo a las facturas correspondientes, no pudiendo el comprador denegar el pago de la factura en la parte no afectada por las anomalías o deficiencias señaladas, en los términos acordados entre ellos, especialmente la fecha de pago.*

3. *En el caso de existir anomalías en los términos de la factura que, no se refieran a cantidad o calidad y que fueran señaladas al proveedor dentro de los 4 días siguientes a la recepción de la misma o de los 15 días después de la recepción de la mercancía, el proveedor corregirá estas anomalías con notas de abono o de cargo o emitirá una nueva factura, en el plazo máximo de 7 días.*

4. *Pasados los plazos expresados sin que el comprador haya comunicado diferencias en la entrega o en la factura, deberá pagar ésta por su valor facial en el plazo convenido sin perjuicio de posterior reclamación.*

5. *En ningún caso, estas anomalías darán lugar a un aplazamiento de la fecha de pago convenida.»*

⁷⁹ Así se hace constar en el informe de la ponencia, BOCG, serie B, núm. 10-16, de 25 de septiembre de 1995, p. 219. Curiosamente, en el texto aprobado por esta ponencia para el entonces artículo 18 (hoy 17 LOCM) no figuraba alusión alguna a la obligación de entregar factura por parte del proveedor: el actual artículo 17.2.II LOCM no tenía correlativo a estas alturas de la tramitación parlamentaria. Sin embargo, sí se la tenía en cuenta en el artículo de nueva redacción antes transcrito. No es hasta el trámite de aprobación por la Comisión con competencia legislativa plena (BOCG, serie B, de 26 de septiembre de 1995, núm. 10-17, p. 239), cuando aparece el texto de lo que hoy es el artículo 17.2.II, entonces artículo 18.2.II LOCM.

dies a quo del cálculo de los intereses moratorios ⁸⁰. Sin embargo, el envío tardío de la factura puede ser una válvula de escape de la obligación de entrega del documento en un plazo determinado, porque el comerciante no tiene que cumplirla mientras no reciba la factura, y el proveedor no comete ilícito alguno (aparte del fiscal) cuando no la envía en plazo ⁸¹. De este modo, no es imposible que incluso haya vencido un aplazamiento de más de sesenta días sin que la factura se haya enviado y sin que, por tanto, el comerciante haya atendido su obligación de documentación.

Algún autor ha calificado de superflua la norma contenida en el artículo 17.2.II LOCM, por entender que se limita a recoger un uso habitualmente observado en el comercio ⁸². A nuestro juicio, tal calificación no es acertada, por las siguientes razones:

1.º La fuerza normativa del uso, reconocido como fuente del Derecho en los artículos 2 CCO y 1.3.II CC, depende de que resulte debidamente probado por aquel que pretenda hacerlo valer. La inclusión de la obligación de expedir factura en la LOCM eleva el rango del uso a la categoría de fuente primaria del Derecho y releva de la necesidad de probarlo ⁸³.

2.º La elevación del rango normativo de uso a ley evita la posibilidad de que puedan plantearse contradicciones entre usos contrarios imperantes en plazas distintas, y la consiguiente necesidad de ventilar en un proceso cuál es el prevalente.

3.º La Ley, categoría a la que se eleva la obligación de expedir factura, es, como se ha dicho, fuente primaria del Derecho, en tanto que la costumbre sólo rige en defecto de ley, por lo que de esta manera se incrementan las medidas de defensa a disposición del favorecido por la norma, ya que ésta no puede ser derogada por otra costumbre de signo contrario, vincula directamente a los Jueces y Tribunales, consta por escrito, lo que posibilita el recurso, etc.

Además, sólo hasta cierto punto puede decirse que la obligación de expedir factura constituyera un uso con anterioridad a la

⁸⁰ Esta obligación se establece como tal en el artículo 17.2.II y se la menciona en el 17.3 LOCM.

⁸¹ Para GONZALO ANGULO (*ob. cit.*, p. 127), «esta redacción tan precisa destierra usos equívocos en beneficio de los propios proveedores, tales como señalar el pago a tantos días vista o a tantos días fecha o remitir al efecto de comercio conexo a la factura».

⁸² Es el caso de FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1500). Por su parte, ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 172) matizan que, aunque la norma podría resultar innecesaria por recoger un uso habitual «la absoluta trascendencia de la constancia de esas fechas a los efectos del cálculo de intereses moratorios y de la aplicabilidad de los mecanismos de garantía que se regulan en el apartado 3, de una parte, y a los relativos a la infracción tipificada en el artículo 65.1.g), de otra, justifica plenamente su existencia».

⁸³ En el mismo sentido, LA CASA, *ob. cit.*, p. 17, nota 42.

LOCM, puesto que en el Derecho tributario el Real Decreto antes citado ya la imponía ⁸⁴.

1.3 La obligación de los comerciantes de documentar la recepción por su parte de las mercancías. El albarán

El artículo 17.2 LOCM impone a los comerciantes que reciben las mercancías la obligación de documentar «*en el mismo acto, la operación de entrega y recepción con mención expresa de su fecha*».

La doctrina es pacífica a la hora de señalar al albarán como el documento idóneo para esta operación, ya habitualmente empleado en el tráfico con anterioridad a la LOCM ⁸⁵.

Se trata de un documento destinado a dejar constancia de la realización de la operación de entrega y recepción de las mercancías por el comerciante adquirente de las mismas, así como de la fecha en que dicha operación tiene lugar. Su eficacia probatoria, hasta ahora no reconocida expresamente en un texto legal, se incrementa sensiblemente ⁸⁶: se le otorga una máxima relevancia, porque se le erige en el documento esencial para la prueba de la fecha de entrega, a partir de la cual comienza el cómputo de los plazos de pago ⁸⁷. De hecho, el albarán viene a completar la función probatoria de la factura, ya que ésta por sí sola se muestra insuficiente para acreditar la recepción de las mercancías por parte del comerciante. Además, al ser determinante la fecha de la entrega para la exigibilidad de las garantías que el artículo 17.3 LOCM otorga a los proveedores en orden al cobro de sus créditos, el albarán se convierte en un documento necesario para hacer valer estos derechos, desde el momento en que es él quien acredita la fecha de entrega ⁸⁸.

Por esta razón, entendemos que en caso de discordancia entre una posible mención de la fecha de entrega en la factura u otros

⁸⁴ La norma regula el deber de expedir y entregar factura que incumbe a los empresarios y profesionales, si bien su eficacia se circunscribe al ámbito tributario. Es de esperar, en buena lógica, que los proveedores a quienes se dirige el artículo 17.2.II ostenten alguna de estas condiciones.

⁸⁵ Al albarán se refieren FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1500), LA CASA (*ob. cit.*, p. 10), PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 153) y GONZALO ANGULO (*ob. cit.*, p. 126).

⁸⁶ En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1500); LA CASA (*ob. cit.*, p. 10) y GONZALO ANGULO, (*ob. cit.*, p. 127).

⁸⁷ Para MARÍN LÓPEZ, *ob. cit.*, p. 335: «La trascendencia del albarán es grande, pues la jurisprudencia, además de tomar en consideración a veces las cláusulas de sumisión incluidas en él, le suele otorgar un valor probatorio de la entrega de la mercancía por el vendedor y, por ende, del cumplimiento de la obligación principal que pesa sobre él, de manera que la ausencia de albarán, o la existencia de uno firmado por el comprador o por algún apoderado o mandatario suyo, comúnmente se hace equivalente a la falta de prueba de la entrega de la mercancía vendida».

⁸⁸ En el mismo sentido, GONZALO ANGULO, *ob. cit.*, p. 128.

documentos adicionales, como pueden ser los recibos de porte de los transportistas, debe prevalecer la fecha indicada en el albarán, que acredita no sólo la entrega, sino también la recepción.

En la práctica, en el albarán se hace constar la cantidad y descripción (al menos mínima) de las mercancías que se reciben, la fecha en que la entrega tiene lugar y la firma de la persona que se encarga de recibirlas ⁸⁹.

Por otra parte, la expedición o firma del albarán no significa que el adquirente dé su aquiescencia a la mercancía entregada, ya que el contrato puede prever el examen de la misma en días siguientes y no de forma inmediata ⁹⁰, así como puede ocurrir que el adquirente aprecie defectos en las mercancías con posterioridad a la entrega, dado que éstos no eran evidentes en ese momento ⁹¹. A estos efectos, nada impide mencionar en el albarán la salvedad de que la recepción se admite sujeta a las resultas de un posterior examen de las mercancías en el plazo legal o contractualmente fijado. En definitiva: el albarán no impide el normal desenvolvimiento de la aceptación final de las mercancías, ejercicio del derecho de desistimiento, acciones de reclamación por vicios ocultos, etc. En caso de que existiera mercancía defectuosa que fuera objeto de devolución para su reemplazo, podría tenerse en cuenta la posibilidad de expedir un nuevo albarán con una nueva fecha para la entrega de las mercancías reemplazantes.

En coherencia con la importancia que desde ahora se le atribuye, estimamos que su regulación debería ser objeto de desarrollo reglamentario, del mismo modo que la factura, si bien la ordenación de ésta actualmente existente se debe más a motivos fiscales que sustantivos. En dicha reglamentación, desde nuestro punto de vista, sería aconsejable regular con detalle las menciones que han de constar en este documento, así como diseñar un sistema que contemplara el reflejo de las vicisitudes de los géneros en los albaranes y en el precio final de la transacción, junto con el arbitrio de algún mecanismo capaz de establecer una relación directa de coherencia entre los datos recogidos en la factura del proveedor y el albarán del comerciante.

⁸⁹ No se exige una legitimación especial para proceder al recibo de las mercancías, que puede efectuarse tanto por el comprador (*ex* artículo 336 CCO), como por alguno de sus auxiliares o dependientes autorizados para ello (*ex* artículo 295 CCO).

⁹⁰ Aun en defecto de pacto contenido en el contrato, el artículo 336 CCO concede al comprador *«el derecho de repetir contra el vendedor, por defecto en la cantidad o calidad de las mercaderías recibidas enfardadas o embaladas, siempre que ejercite su acción dentro de los cuatro días siguientes al de su recibo...»*.

⁹¹ Sobre esta materia, *cfr.* los artículos 336 y ss. CCO.

Por último, hay que decir que el artículo 65.1 letra g) tipifica como infracción grave «*no dejar constancia documental de la fecha de entrega de las mercancías por los proveedores o falsear este dato*». Se trata de una infracción que se materializa en el albarán, dado que la omisión de la fecha de entrega se traduce en la omisión de esta mención en el albarán, mientras que el falseamiento de la misma consiste en la alteración o discordancia de la fecha que consta en dicho documento con respecto a aquella en que realmente tuvo lugar la recepción de las mercancías por el comerciante.

Hay que decir que la literalidad del precepto en cuestión puede conducir a equívocos, porque parece que el sujeto a que la norma alude como infractor es el proveedor, lo que puede hacer pensar que es sobre él sobre quien pesa la obligación o carga de expedir el albarán o, al menos, de consignar en él la fecha de la entrega (de este modo pueden interpretarse las palabras «*por el proveedor*», que parecen ser el complemento agente de una oración pasiva). Sin embargo, esta interpretación parece contradictoria con la literalidad del artículo 17.2.I LOCM, según la cual «*los comerciantes... quedarán obligados a documentar*» el acto de entrega y recepción de las mercancías, por lo que ha de concluirse que el sujeto infractor del artículo 65.1 letra g) es el comerciante⁹². No obstante, esta parquedad de la Ley suscita alguna duda: ¿en qué queda esta obligación del comerciante? ¿Es él el encargado de redactar y confeccionar el albarán o cumple simplemente firmándolo?

En la práctica, el proveedor suele expedir el albarán, como mínimo, por duplicado y entregar al comerciante ambas copias para su firma y sellado, aunque en ningún lugar se establece que esta conducta deba realizarse necesariamente así⁹³. Una de estas copias queda en poder del comerciante y la otra la conserva el proveedor⁹⁴. Tal vez a esto se deba esa posible interpretación del artículo 65.1 letra g) según la cual el sujeto infractor es este último, teniendo en cuenta que parece ser él quien suele confeccionar el documento de entrega. No obstante, hemos de hacer hincapié en el hecho de que es al comerciante a quien la Ley obliga a documentar la operación de

⁹² Así lo pone de manifiesto FERNÁNDEZ DEL POZO, *ob. cit.*, p. 1500: «El comerciante que no deja constancia documental de la fecha de entrega de las mercancías o falsea este dato comete un ilícito tipificado en el artículo 65.1.g) de la Ley».

⁹³ En contra, MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 334), para quien «el documento lo expide el comprador («comerciante» en la terminología legal), y será normalmente firmado, aunque el precepto nada dice sobre este aspecto, por quien hace materialmente la entrega, ya sea el vendedor, directamente o por apoderado o mandatario (cfr. art. 281 del CCO), ya sea el transportista de la mercancía, y por quien la recibe, bien el comprador o algún apoderado o mandatario suyo».

⁹⁴ En el mismo sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1500) y LA CASA (*ob. cit.*, p. 10).

entrega y recepción de las mercancías, con independencia de cuál sea la práctica en cuanto a la confección del albarán.

1.4 La obligación legal de pagar intereses moratorios y la determinación de su cuantía. Remisión de la cuestión de la incidencia de esta obligación en la documentación cambiaria

El artículo 17.4 LOCM dispone lo siguiente:

«En cualquier caso, se producirá el devengo de intereses moratorios en forma automática a partir del día siguiente al señalado para el pago o, en defecto de pacto, a aquel en el cual debiera efectuarse de acuerdo con lo establecido en el apartado 1. En estos supuestos, el tipo aplicable para determinar la cuantía de los intereses será un 50 por ciento superior al señalado para el interés legal, salvo cuando el interés pactado fuere superior».

Como puede verse, se prevé el devengo de intereses de demora para el caso de que el comerciante no atienda sus obligaciones de pago, tanto cuando éste deba hacerse al contado, como cuando haya sido objeto de aplazamiento. Además, se establece igualmente la obligación de abonar los intereses moratorios también en el caso de que la fecha de pago no conste expresamente, a través de la remisión al apartado 1 del propio artículo 17, que, como es sabido, suple la ausencia de acuerdo sobre dicha fecha señalándola para el mismo día de la recepción de las mercancías ⁹⁵.

De acuerdo con la letra de la Ley, se trata de intereses que se devengan de forma automática, es decir, sin necesidad de que se produzca una intimación al pago por parte del proveedor acreedor ⁹⁶. Esto no significa que este último no deba reclamar judicialmente los

⁹⁵ En este caso, es la Ley la que está estableciendo el vencimiento del contrato, posibilidad que tiene en cuenta el artículo 63.1.º del CCO a los efectos de sustraer a la mora de la necesidad de interpelación judicial por parte del acreedor.

⁹⁶ Esta medida es coherente con el artículo 1100 *in fine* del CC en el que se establece que en las obligaciones recíprocas, como es la adquisición de mercancías del proveedor por el comerciante, *«desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro»*, lo que elimina la necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial del pago. Por su parte, y en coherencia con el anterior, el artículo 63.1.º del CCO dispone que *«los efectos de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones mercantiles comenzarán: 1.º En los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por la Ley, al día siguiente de su vencimiento»*. De lo expuesto, puede deducirse que no estamos de acuerdo con la afirmación de FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1504) según la cual la no necesidad de previo requerimiento o intimación que consagra el artículo 17.4 de la LOCM está *«contra la regla establecida en el artículo 1100 para las «obligaciones civiles»*. Este autor se olvida del último inciso de dicho artículo y del tipo de obligaciones a las que se refiere (las recíprocas), tipo al que pertenece, como se ha dicho, la que nos ocupa. Esta observación puede hacerse extensiva a las opiniones de LA CASA (*ob. cit.*, p. 13) y PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p.157).

intereses de demora si tiene voluntad de cobrarlos, sino que la mora no depende de que el proveedor efectúe o no un requerimiento de pago, del tipo que sea, al comerciante.

Además, la norma fija el tipo aplicable para determinar su cuantía, que se establece en un 50 por 100 superior al señalado para el interés legal, salvo que las partes hayan acordado un tipo más elevado. Se trata de una norma de mínimos, por lo que parte de la doctrina entiende que no podría pactarse un interés inferior al establecido por el artículo 17.4, aunque sí superior al mismo: ése es el margen permitido a la autonomía de la voluntad ⁹⁷.

El propósito de esta medida consiste en disuadir a los comerciantes de dilatar el pago de sus obligaciones comerciales, haciendo que la asunción de los costes por intereses moratorios deje de resultarles rentable ⁹⁸. Se pretende con ello acabar con una práctica según la cual los comerciantes recurren al crédito proveedor para obtener financiación en los mercados de dinero, o para financiar su inmovilizado, de forma más barata que el crédito financiero. Sin embargo, la doctrina se muestra crítica con la operatividad del apartado en cuestión, poniendo de manifiesto que los proveedores, en aras de la continuidad de sus relaciones con los comerciantes, no exigirán los intereses legalmente fijados, de igual modo que no se exigía con anterioridad a la LOCM el interés legal del dinero ⁹⁹.

No obstante la claridad del precepto legal, en la práctica, pueden encontrarse, insertas en los contratos, cláusulas, con frecuencia impuestas por los distribuidores, en las que el proveedor declara que los intereses moratorios ya han sido tenidos en cuenta en el precio, calculados a un interés no inferior al legalmente fijado, de forma que

⁹⁷ ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 173) exponen que «la Ley no aclara si para enervar la aplicación del interés legal incrementado en un 50 por ciento basta con que se haya pactado un interés superior al legal, aunque inferior al incrementado, o si este último se aplicará en todo caso salvo que el tipo sea superior al mismo», para concluir que a la vista de la finalidad del precepto parece más conforme con la voluntad del legislador esta última interpretación. En el mismo sentido, *cfr.* PORTELLANO DÍEZ, *ob. cit.*, p. 158, nota 12.

⁹⁸ En el mismo sentido, *cfr.* FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1505) y PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 158). Sin embargo, para MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 342), «como consecuencia de la progresiva disminución de los tipos de interés, no puede considerarse seriamente que un tipo del 11,25 por ciento sea disuasorio para el deudor».

⁹⁹ PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 158) opina que los proveedores no exigirán intereses moratorios fijados de acuerdo con el interés legal del dinero porque, «por un lado, ya habían sido tenidos en cuenta por el proveedor para establecer el precio de la mercancía y, por otro, no deseaba estropearse los vínculos con el comerciante. Ahora que se ha incrementado su base de cálculo en un 50 por 100, aún menos probable será que se exijan al proveedor ante el temor a reacciones negativas». Por su parte, GONZALO ANGULO (*ob. cit.*, p. 125), señala que es muy posible que el proveedor renuncie a exigir los intereses moratorios, al igual que ocurre con el aval bancario o los seguros de crédito o caución. En el mismo sentido, *cfr.* MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 342 y ss).

se elimina la posibilidad de que el proveedor reclame judicialmente las cantidades devengadas en concepto de intereses moratorios. Son cláusulas de un tenor literal muy semejante al siguiente: «*Los precios incluyen intereses por el aplazamiento en el pago desde la fecha de la factura hasta su efectivo abono por el comprador, en las fechas y condiciones estipuladas, calculados a un tipo no inferior al del interés legal del dinero incrementado en 1,5 puntos*»¹⁰⁰. A primera vista puede apreciarse que es imposible que los intereses se hayan incluido en los precios pactados, puesto que no es posible conocer *a priori* el tiempo por el que se demorará el pago. Igualmente frecuente es la inclusión de cláusulas en las que los proveedores renuncian a reclamar intereses moratorios en ciertos casos¹⁰¹.

Estos intereses deberán sumarse a los que deriven de la falta de atención de los documentos cambiarios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58.2 LCC, en su caso¹⁰².

1.5 La norma especial de determinación de la fecha de entrega en el caso de operaciones sobre bienes consumibles

El artículo 17.5 establece lo siguiente:

«A los efectos prevenidos en el presente artículo y con referencia exclusiva a los bienes consumibles, se entenderá como fecha de entrega aquella en la que efectivamente se haya producido, aunque, inicialmente, el título de la entrega fuese distinto del de compraventa, siempre que las mercancías hayan sido, finalmente, adquiridas por el receptor».

Se trata de un precepto que, tras su aparente sencillez, encierra multitud de problemas jurídicos de no fácil solución y al que ya alu-

¹⁰⁰ Esta cláusula ha sido extraída de un contrato real de suministro de materiales de construcción, proporcionado a esta investigadora por CEPCO (Confederación Española de Asociaciones de Fabricantes de Productos de Construcción) y se reproduce en muchos otros. La identidad y datos de estos contratos no se facilitan para preservar la intimidad de las partes. Para el caso de que el contrato sea público, rige la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo artículo 116 contiene una disposición similar a la del 17.4 de la LOCM. También en los contratos sometidos a la citada Ley se insertan cláusulas como ésta: «Los precios anteriormente indicados comprenden los intereses especificados en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de acuerdo con su oferta y con el precio y forma de pago pactados, y que están en todo caso implícitos en el/los precio/s consignado/s».

¹⁰¹ Así ocurre en la siguiente cláusula, extraída del mismo contrato a que antes se aludió: «Aquellas facturas que en cumplimiento de los dos apartados anteriores tuviesen su vencimiento el día 15 o siguiente hábil del mes de agosto quedarán aplazadas al día 15 o siguiente hábil del mes de septiembre renunciando el proveedor a reclamar intereses por este aplazamiento».

¹⁰² La relación entre la obligación de emitir o aceptar un documento cambiario y la previsión del devengo de intereses moratorios es tratada muy extensa y adecuadamente por LA CASA, *ob. cit.*, pp. 13 y ss.

dimos cuando tratamos la cuestión de la determinación del *dies a quo* del cómputo de los plazos por los que se difiere el pago de la deuda contraída por los comerciantes con sus proveedores.

Es una norma especial, aplicable a los bienes consumibles, que persigue armonizar el régimen de determinación de la fecha de entrega de estos bienes con el previsto en los apartados anteriores para bienes de distinta naturaleza. Seguidamente, analizaremos por separado las cuestiones que, a nuestro juicio, revisten mayor complejidad.

El artículo 17.5 de la LOCM es una norma jurídica completa en cuanto a su estructura. Establece un supuesto de hecho y a su producción encadena una consecuencia jurídica. Esta última parece clara: «*se entenderá por fecha de la entrega aquella en que efectivamente se haya producido*». Sin embargo, resulta más complicado desentrañar su supuesto de hecho: se habla de una entrega que puede responder a más de un título; los bienes que se entregan han de ser consumibles; las mercancías deber ser finalmente objeto de adquisición por «el receptor»... Como puede apreciarse a simple vista, cada una de éstas es una cuestión jurídica problemática en sí, más aún cuando se establecen relaciones entre ellas

A) EL OBJETO DE LA NORMA: LOS BIENES CONSUMIBLES

El artículo 17.5 de la LOCM no contiene una definición de qué deba entenderse por bienes consumibles, y tampoco efectúa remisión alguna a norma concreta que sirva para delimitar el ámbito material al que se circunscribe, por lo que habremos de acudir a las normas generales. Pero ni el Código de Comercio ni el Código Civil contienen una definición de qué sean bienes consumibles. Este último cuerpo legal define los bienes fungibles, a los que parecen asimilarse, como aquellos bienes muebles «*de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman*» (art. 337 CC).

Como puede verse, se trata de una definición muy amplia y válida casi para todo objeto, puesto que no incluye una aclaración de la cantidad de usos de que debe ser susceptible un bien sin consumirse para excluirlo de la categoría de los bienes consumibles ¹⁰³; sin

¹⁰³ PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 154) acude a los artículos 481 y 482 del CC para inferir una definición: «por bien consumible ha de entenderse aquel cuyo uso provoca no su mero deterioro, sino su destrucción». Pero esta definición no resuelve el problema del tiempo o las veces que ha de usarse el bien sin que se destruya para no considerarlo consumible. Por su parte, MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 337) considera que «reúnen sin duda esa condición los productos alimenticios y de droguería, que son los principalmente afectados por el problema de la demora en el pago a que quiere poner coto el artículo 17 LOCM. Sin embargo, hay otro tipo de bienes, que seguramente se encuentran también afectados

embargo nos parece la delimitación de bienes más cercana al espíritu de la regulación que late en el artículo 17.5 LOCM ¹⁰⁴.

B) HACIA UNA INTERPRETACIÓN DEL COMPLEJO ARTÍCULO 17.5 DE LA LOCM

El artículo 17.5 de la LOCM alude a un acto de entrega de mercancías hecha por el proveedor al comerciante, cuya fecha se trata de determinar claramente para evitar confusiones y falseamientos de este dato. Directamente, como veremos ¹⁰⁵, se alude a un solo acto de entrega: aquel en que de forma efectiva el proveedor traslada al comerciante la posesión de las mercaderías ¹⁰⁶. Sin embargo, sí se hace referencia a más de un título justificativo de tal traslado posesorio: la entrega puede producirse inicialmente como consecuencia de algún contrato distinto a la compraventa, pero el precepto sólo es de aplicación si «el receptor» acaba por adquirir (ahora sí mediante la compraventa) las mercancías objeto de la entrega.

La doctrina estima que el precepto en cuestión es particularmente apto para recoger parte de la problemática del contrato estimatorio, atípico en nuestro Derecho, pero totalmente consagrado por la práctica ¹⁰⁷. Se trata de un contrato por el que «una de las partes (*tradens*) entrega a otra determinadas cosas muebles, cuyo valor se estima en una cantidad cierta, obligándose ésta (*accipiens*) a procurar la venta de dichas cosas dentro de un plazo y a devolver el valor estimado de las cosas que venda y el resto de las no vendidas» ¹⁰⁸.

Como puede verse, esta definición hace que el contrato estimatorio encaje, al menos aparentemente, bien en la letra del artículo 17.5 de la LOCM, puesto que el proveedor entrega las mercancías al

por ese problema en la medida en que son distribuidos por las grandes superficies, que sólo de una manera muy forzada pueden considerarse como «bienes consumibles».

¹⁰⁴ A este respecto no podemos coincidir con la opinión de PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 154, nota 5) según la cual «la técnica de delimitación del ámbito de aplicación de la norma mediante la remisión a una categoría tan amplia como es la de cosas consumibles deja abierta la espita a la circunvalación legal. Literalmente nada impide que ciertos bienes consumibles que no suelen distribuirse a través del contrato estimatorio (*v. gr.*, relojes digitales de gama baja, utensilios domésticos, etc.), a partir de ahora sí lo sean a fin de eludir el artículo 17 LOCM». Creemos que este tipo de bienes no son estrictamente bienes consumibles.

¹⁰⁵ En páginas sucesivas abordamos la cuestión de si en el artículo 17.5 de la LOCM se contempla, explícita o implícitamente, más de un acto de entrega.

¹⁰⁶ En este sentido creemos que debe entenderse la expresión «*se entenderá por fecha de entrega aquella en que efectivamente se haya producido*». (La cursiva es nuestra).

¹⁰⁷ *Cfr.* ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 172); FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, pp. 1496 y ss.); LA CASA (*ob. cit.*, p. 5); PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 154) y MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 336).

¹⁰⁸ *Cfr.* SECO CARO, *Derecho Mercantil*, tomo II, obra coordinada por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Barcelona, 1992, p. 320.

comerciante para que las venda y no en concepto de compraventa, es decir, en principio, esa entrega no responde a que el comerciante haya comprado al proveedor las mercancías, sino que éste las entrega a aquél para que las venda a un tercero (título inicialmente distinto al de compraventa). De ahí que algún autor haya puesto de manifiesto que se trata de «un contrato mixto o intermedio entre el depósito, la comisión y la compraventa»¹⁰⁹.

Sin embargo, la cuestión se complica con el presupuesto o condición de que se hace depender en el artículo 17.5 de la LOCM la consecuencia jurídica establecida: la fecha de la entrega será la del traslado posesorio efectuado por el proveedor al comerciante «*siempre que las mercancías hayan sido, finalmente, adquiridas por el receptor*». Es precisamente esta adquisición final la que distorsiona el panorama que antes parecía tan claro, porque no es frecuente que el comerciante realice esa adquisición final en el contrato estimatorio. Esto enlaza directamente con otra de las cuestiones problemáticas anteriormente enunciadas: la de quién es «el receptor» a que alude el artículo 17.5. Pero veamos más detenidamente por qué el presupuesto de la adquisición final de las mercancías por «el receptor» es, cuando menos, un elemento extraño.

Partiendo de la base de que «el receptor» sea el comerciante, se nos presentan las siguientes posibilidades:

1.º Si el comerciante cumple la finalidad para la que el proveedor le entregó las mercancías, esto es, si las vende a un tercero, entonces hay que entender que el comerciante no ha adquirido para sí las mercancías vendidas, sino que ha actuado de modo semejante a como lo haría un comisionista de ventas. En este caso, el comerciante no es quien traslada la propiedad de las cosas vendidas al adquirente (consumidor final, previsiblemente), sino el proveedor, que aún era el propietario de las mismas. Por tanto, parece claro que, en el supuesto de que el comerciante venda a un tercero las mercancías que el proveedor le entregó, y si «el receptor» a que alude el artículo 17.5 de la LOCM es el propio comerciante, entonces no se verá cumplida la condición de que se haya producido una adquisición final por parte de éste, por lo que lo establecido en el artículo 17.5 no será de aplicación.

Cabría quizá pensar que lo que se ha querido decir en el artículo 17.5 es que la adquisición del tercero va a depender o va a presuponer que el comerciante ha adquirido previamente para poder, a su vez, vender al tercero, pero esta interpretación es criticable, por lo siguiente:

¹⁰⁹ Cfr. SECO CARO, *ob. cit.*, p. 320.

a) No responde a la dinámica de las cosas en el tráfico jurídico y mercantil, donde las exigencias de la agilidad impiden propugnar que cada poseedor de unas mercancías en un momento determinado tiene que ser necesariamente su propietario.

b) El artículo 17.5 no lo establece así de forma inequívoca, ni esta exigencia parece compatible con la contemplación por parte del propio precepto de la celebración entre proveedor y comerciante de contratos distintos al de compraventa y hábiles para trasladar al comerciante únicamente la posesión de las mercancías y alguna suerte de poder o facultad especial de disposición sobre ellas.

2.º Si el comerciante no cumple con la finalidad para la que el proveedor le entregó las mercancías, lo lógico es pensar que se las devolverá, porque la razón de ser del contrato estimatorio estriba en que el comerciante no desea correr la aventura de comprar unos géneros que no sabe si tendrán o no la salida al mercado deseable. En este caso, es aún más claro que no se cumple con la condición impuesta por el artículo 17.5, y ahora sin dudas: resulta indiferente incluso quién pueda ser «el receptor» que se menciona, dado que no ha habido adquisición final por parte de nadie, ni comerciante, ni tercero, y las mercancías han sido devueltas.

3.º Resta la hipótesis, ciertamente improbable, pero en definitiva posible, de que el comerciante que no ha vendido las mercancías que se le entregaron, decida no devolverlas al proveedor, sino comprárselas. Este caso, que, como decimos, es el más infrecuente, es el que menos dudas suscita acerca de su contemplación por el artículo 17.5, puesto que si «el receptor» es el comerciante, entonces todo está claro: primero el proveedor le entrega unas mercancías en concepto distinto al de venta (*título inicialmente distinto de la compraventa*); más tarde, el receptor de estas mercancías las adquiere (*se produce la adquisición final que requiere el artículo*); luego entonces, de cara a los posibles aplazamientos contemplados en el artículo 17.3 de la LOCM, la fecha que se tendrá en cuenta es aquella en que efectivamente se produjo la entrega (*consecuencia jurídica establecida por el artículo 17.5*) y no la de su adquisición por el comerciante.

Esta interpretación, la de que el comerciante es «el receptor» aludido por el artículo 17.5 de la LOCM, tiene el inconveniente de que, como hemos visto, restringe el ámbito de aplicación del precepto en cuestión únicamente a aquellos casos en los que el comerciante adquiere las mercancías en algún momento, independientemente de la finalidad o el concepto (título) en que inicialmente le fueron entregadas por el proveedor. Ello deja sin resolver el problema de qué sucede cuando quien adquiere tales géneros no es el comerciante, sino un tercero a quien aquél se los ha entregado y, por ende, si

se produce un aplazamiento del pago del precio de las mercancías entre el proveedor y el comerciante, no resuelve qué fecha servirá de *dies a quo* del cómputo de los plazos: si la de la entrega del proveedor al comerciante, o la de la entrega del comerciante al tercero adquirente o la de la adquisición por este último.

Con todo, entender que el comerciante es «*el receptor*» mencionado en el artículo 17.5 de la LOCM parece lo más adecuado a la literalidad del precepto, puesto que los términos «*inicialmente*» y «*finalmente*» parecen significar que se trata de dos comportamientos desarrollados por la misma persona en dos momentos distintos, esto es, una recepción de las mercancías que le entrega el proveedor (de ahí el término «*receptor*») en virtud de cierto título jurídico (depósito, comisión, contrato estimatorio, etc.) y una adquisición posterior por la misma persona que ya tenía las mercancías en su poder, esta vez, y lógicamente, sin entrega (se trata de una *traditio brevi manu*).

Analicemos la segunda opción: que «el receptor» mencionado en el artículo 17.5 de la LOCM sea el tercero adquirente de las mercancías.

En este caso, la consecuencia jurídica establecida por el precepto se impondrá siempre que el comerciante entregue a un tercero artículos que a él le habían sido facilitados por el proveedor, y ello con independencia de quién fuera el propietario de los mismos en el momento de producirse esta entrega al tercero.

Esta interpretación tropieza con los siguientes obstáculos:

1.º El primero, y a nuestro entender, más contundente, es de orden teleológico: venimos afirmando página tras página que la finalidad del régimen del pago a proveedores establecido en la LOCM es la protección del proveedor, para lo que trata de evitarse que se alarguen indefinidamente los plazos de pago por los comerciantes que, en muchos casos, aplican a finalidades distintas del pago de sus deudas lo que ellos a su vez cobran de sus propios clientes. Pues bien: ¿qué lógica protectora tiene remitir a un posible aplazamiento el pago del comerciante al proveedor cuando se parte de la base, según esta interpretación, de que el comerciante *ya ha vendido* la mercancía y probablemente incluso ya la haya cobrado? Si la obligación de pagar nace para el comerciante (y de ahí la necesidad de fijar desde qué momento, desde qué fecha) sólo cuando ya ha vendido las mercancías a un tercero, ¿qué sentido tiene que la propia Ley traslade al proveedor la financiación del plazo de pago que eventualmente otorgue el comerciante a su cliente y, en definitiva, las vicisitudes que deba sufrir el comerciante en el cobro de sus propios créditos?

2.º Desde el punto de vista de la literalidad de la norma, parece que la palabra «receptor» se emplea para evitar la aliteración

que supondría el empleo del término «comerciante» nuevamente. Además, en el artículo sólo se alude a un acto de entrega: el del traslado posesorio de las mercancías del proveedor al comerciante, y no se hace alusión alguna a la entrega de los objetos vendidos por el comerciante al tercero, de donde se deduce que el precepto ha contemplado como «receptor» al sujeto pasivo del único acto traditorio que contempla: el comerciante. Creemos que, de este modo, los términos «entrega» y «receptor» están directamente relacionados. Hay que recordar que no en balde en el artículo 17.3 se entiende que los actos de entrega y recepción de las mercancías son las dos caras de una misma moneda y hasta se emplean de modo indistinto. Por otra parte, si la Ley quisiera aludir al tercero adquirente de las mercancías, ¿no habría resultado más sencillo hacerlo directamente, sin emplear un término susceptible de crear confusiones?

3.º Interpretando sistemáticamente el artículo 17.5 con el 17.3 también se llega a la conclusión de que «el receptor» no puede ser más que el comerciante. Y ello es así porque no debemos olvidar que la pretensión del artículo 17.5 es la de dejar constancia de la fecha de entrega de las mercancías que sirve de *dies a quo* de unos plazos de pago que han de cumplirse. Se trata de reproducir en el artículo 17.5 para los bienes consumibles la fórmula o regla general que establece el artículo 17.3 para cualquier otro tipo de bienes, dado que los consumibles, por su especial naturaleza, son objeto de una contratación con problemas específicos que no podía obviarse ni agotarse con la simple aplicación del artículo 17.3 de la LOCM.

4.º Por último, defender que el tercero es «el receptor» es tanto como dejar en manos del comerciante la fijación del momento a partir del cual nace para él la obligación de pagar al proveedor el precio de las mercancías vendidas, puesto que nadie más que el comerciante puede asegurar una serie de circunstancias esenciales como en qué momento se ha producido la venta, cuántas unidades de producto se han vendido de cada vez, etc., y resulta prácticamente imposible que el proveedor pueda probar que las cosas no son como afirma el comerciante, dado que la venta al tercero se produce en el ámbito y círculo de este último al que el proveedor, por principio, es ajeno.

Existe una tercera posible manera de interpretar el artículo 17.5, que es obviar la alusión al «receptor» y entender que es el primer traspaso de propiedad que se produzca, ya sea del proveedor al comerciante, de este último a un tercero adquirente o del proveedor al tercero adquirente mediante la intermediación del comerciante, lo que sirve de presupuesto de aplicación de la norma consagrada en el

artículo 17.5 de la LOCM ¹¹⁰. Sin embargo, a nuestro entender, esta interpretación adolece de defectos importantes: por un lado, no es coherente con la letra de la Ley, que no permite acomodar quién sea el receptor a conveniencia y voluntad de no se sabe qué sujeto, ya que la norma no dice que será de aplicación cuando se produzca una adquisición «quienquiera que sea el receptor». Por otro lado, esta teoría suma los inconvenientes anteriormente expuestos de las dos anteriores y, por su indefinición, provoca gran inseguridad jurídica, sin que sirva para responder a los interrogantes que dejamos abiertos más arriba.

Por nuestra parte, hemos de concluir que la norma del artículo 17.5 merece una severa crítica en cuanto a la técnica sintáctica empleada y en cuanto a su adecuación al fin que aparentemente se perseguía con ella, que era evitar los problemas de la duplicidad de actos de entrega y, por tanto, de fechas, en orden a la determinación del momento a partir del cual comienzan a contarse los aplazamientos de pago. Por consiguiente, también nosotros hemos de proponer una interpretación correctora del precepto que venimos comentando, sin ánimo de resolver de un plumazo la gran variedad de importantes problemas que este artículo presenta, suficientes por sí solos para justificar una tesis doctoral.

Para nosotros, el artículo 17.5 de la LOCM puede explicarse como sigue: en la práctica es frecuente que los proveedores pongan en posesión de los comerciantes una serie de mercancías, *otorgándoles un plazo para que las vendan*, a cuyo término, si no se ha producido la venta y si los depositarios no desean adquirirlas, habrán de ser devueltas al proveedor. Una vez agotado el plazo que se acuerda para intentar las ventas, el comerciante debe proceder a la liquidación con el proveedor, devolviéndole las mercancías que ni haya vendido ni desee conservar, y *fijando el precio de lo que ya no se devolverá al proveedor* a pesar de haberle sido entregado por éste. De este modo, es ya indiferente quién adquiera, si el comerciante o un tercero a su través, y se salva el hecho de que «*el receptor*» y el comerciante son uno mismo en el artículo. Es ahora cuando se establece la consecuencia jurídica: si el comerciante y el proveedor acuerdan un aplazamiento en el pago del precio de las mercancías

¹¹⁰ Esta interpretación «correctora» es la que propone PORTELLANO DíEZ (*ob. cit.*, p. 154) por entenderla más acorde con la voluntad del legislador. Este autor, partiendo de la base de que «*el receptor*» es el comerciante, razona como sigue: «En realidad, la activación de ese apartado de la norma no quiere vincularse únicamente a la adquisición por el receptor (*accipiens*), sino al primer traspaso de propiedad que se produzca, con independencia de quién sea el primer adquirente: comerciante –lo excepcional– o consumidor final –lo habitual–. Por lo demás, se trata de algo lógico. Sólo si finalmente se produce adquisición (cualquiera que sea el comprador) puede actuar el apartado quinto».

que han determinado, este aplazamiento no comenzará a contarse desde la fecha en que han liquidado, ni desde que ningún sujeto ha efectuado adquisición alguna, sino, en coherencia ya con la regla general, *desde que se produjo la entrega de las mercancías que no han sido devueltas*. De este modo, el proveedor no tiene que correr con la indisponibilidad de las mercancías ni con un alargamiento en el plazo de pago, puesto que el tiempo que éstas han estado en poder del comerciante, gracias a esta retroacción legal de la fecha en que nace para él la obligación del pago, cuenta como período de aplazamiento.

Somos conscientes de que esta interpretación aún no resuelve problemas como los siguientes:

1.º Es posible que no pueda darse puntual cumplimiento a la obligación de entrega del documento cambiario tal como se establece en el artículo 17.3 de la LOCM, porque puede ocurrir, y a la vista del funcionamiento del contrato estimatorio más bien parece que será lo más frecuente, que entre la fecha de la entrega efectiva y la fecha de «liquidación» de la deuda entre comerciante y proveedor ya hayan pasado más de treinta días, con lo que al menos algún aplazamiento puede escaparse de la exigencia legal ¹¹¹.

2.º ¿Cómo se salva la necesidad de que en la factura conste la fecha prevista para el pago si antes del término del plazo fijado entre comerciante y proveedor para intentar las ventas no puede conocerse el monto de la deuda y ni siquiera si ésta llegará a existir?

Sin embargo, se trata de cuestiones que tampoco quedan resueltas propugnando interpretaciones diferentes. Por otra parte, con este planteamiento estimamos que sí se da adecuada respuesta a algunos otros problemas que de ningún modo se resolvían con la literalidad de la norma, como son el de la indeterminación de las cantidades vendidas en cada momento con la variabilidad de las fechas de adquisición que ello implicaba, o el arbitrio del comerciante a la hora de dejar constancia del momento en que se producía cada adquisición y, por tanto, del instante en que se consumaba la totalidad del supuesto de hecho.

De todo lo expuesto, puede extraerse la conclusión de que el artículo 17.5 de la LOCM es una norma portadora, a nuestro juicio,

¹¹¹ En el mismo sentido, CAMACHO DE LOS RÍOS («Actualidad del contrato estimatorio: su problemática», CDC, 23 (1997) p. 200; citado así por MARÍN LÓPEZ *ob. cit.*, p. 337), observa que: «la obligación de instrumentar el pago del *accipiens* en documento cambiario que ha de emitirse o aceptarse en el plazo de treinta días desde la recepción de las mercancías, puede resultar difícil de cumplir, ya que característica del contrato estimatorio es, precisamente, el no conocerse, hasta la fecha de vencimiento del mismo, el número de mercancías que el *accipiens* va a adquirir pagando su estimación».

de más inconvenientes que ventajas, a pesar de que la intención de su inclusión en la Ley es buena. Por eso estimamos que habría de ser objeto de reforma en el futuro y, por supuesto, de un rápido desarrollo reglamentario que palíe sus evidentes defectos prontamente, en tanto se insta la modificación de la Ley.

2. CONSECUENCIAS JURÍDICAS TÍPICAS DE LAS «ADQUISICIONES DE LOS COMERCIANTES» CON PAGO APLAZADO POR UN TIEMPO SUPERIOR A SESENTA DÍAS

2.1 **La obligación de plasmar las operaciones en documentos con acción cambiaria aparejada**

El artículo 17.3 LOCM establece que, acordado entre proveedor y comerciante un aplazamiento de pago que supere los sesenta días desde la fecha de entrega y recepción de las mercancías, *«el pago deberá quedar instrumentado en documento que lleve aparejada acción cambiaria con mención expresa de la fecha de pago, indicada en la factura. Este documento deberá emitirse o aceptarse por los comerciantes dentro del plazo de treinta días desde la fecha de la recepción de la mercancía, siempre que la factura haya sido previamente enviada»*.

Se trata de un precepto complejo, del que seguidamente analizamos las cuestiones fundamentales por separado.

2.1.1 TIPOLOGÍA DE TALES DOCUMENTOS

El artículo 17.3 LOCM no aporta más que un calificativo del documento a que hace referencia: debe llevar acción cambiaria aparejada. Esta delimitación nos conduce inmediatamente a la LCC, ordenadora del régimen jurídico de la letra de cambio, el pagaré cambiario y el cheque, documentos todos ellos aptos para sustentar una acción cambiaria.

Sin embargo, y aunque no lo mencione expresamente el artículo 17.3 LOCM, no sólo es preciso que el documento requerido otorgue el derecho a ejercitar dicha acción, sino también que de por sí sea apto para instrumentar una operación de pago aplazado, de modo que el título pueda circular o «vivir» en el tráfico jurídico sin que el pago sea exigible al deudor de forma inmediata. La unión de ambos requisitos elimina al cheque como posible medio de instrumentación de la obligación establecida en el precepto citado, puesto que éste es siempre pagadero a la vista, y cualquier mención contenida en él

contradictoria con tal carácter se ha de tener por no puesta ¹¹². Por consiguiente, hemos de ceñirnos al análisis de la letra de cambio y del pagaré como los únicos documentos hábiles para dar cumplimiento a la expresada obligación.

En primer lugar, hemos de resaltar el hecho de que el artículo 17.3 LOCM se refiere indistintamente a que el documento cambiario en cuestión puede «emitirse o aceptarse», de donde se deduce que el comerciante puede desempeñar un comportamiento más o menos activo a la hora de cumplir la exigencia legal, corriendo con la carga de crear y poner en circulación el documento (emisión) o limitándose, simplemente, a obligarse de forma principal y cambiariamente en él (aceptación). Baste con apuntar esta idea que será retomada seguidamente, cuando abordemos el tratamiento diferenciado de la letra de cambio y del pagaré.

En segundo lugar, hay también que destacar que la Ley no especifica a quién corresponde elegir el documento cambiario en el que se instrumentará el pago, ni si deberá el comerciante, una vez decidido esto, aceptarlo o emitirlo. Por tanto, hemos de entender que se trata de una materia consagrada a la autonomía de la voluntad de las partes. En el caso de que el contrato no prevea a quién corresponde la elección de estos extremos, estimamos que deberá confiarse al comerciante, en virtud del principio del *favor debitoris* ¹¹³.

Por último, hemos de considerar someramente la posibilidad de que se den circunstancias capaces de enervar la obligación legal establecida en el artículo 17.3. Se trata de circunstancias atinentes a la relación causal subyacente, como pueden ser los problemas derivados de la entrega de cosa distinta a la debida, imposibilidad sobrevenida, evicción, vicios ocultos, etc y cuyo tratamiento diferenciado excede de nuestro propósito investigador. Todos ellos pueden manifestarse antes o después de haber cumplido el comerciante con su obligación de instrumentar su deuda en documento cambiario según lo dispuesto en el precepto que nos ocupa. Si se manifiestan antes de que el comprador dé cumplimiento a la forma legalmente exigida, entendemos que no deberá cumplirse con este

¹¹² El artículo 134 LCC dispone que: «*El cheque es pagadero a la vista. Cualquier mención contraria se reputará no escrita.*»

El cheque presentado al pago antes del día indicado como fecha de emisión, es pagadero el día de la presentación. La doctrina es pacífica en este punto: cfr. ARIMANY Y MANUBENS, (*ob. cit.*, p. 173); FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1502); LA CASA (*ob. cit.*, p. 9); PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 155) y MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 339).

¹¹³ En el mismo sentido se manifiesta LA CASA (*ob. cit.*, p. 9) quien acude a la aplicación análogica del artículo 1132 CC (que atribuye al deudor de una obligación alternativa el derecho de elección de la prestación con que habrá de cumplirla) para considerar que, en defecto de pacto, la elección del medio de pago debe corresponder al deudor.

mandato ¹¹⁴; por el contrario, si la entrega de la letra de cambio o el pagaré ya se ha producido, la abstracción de los títulos no permite oponer a los tenedores posteriores las excepciones personales derivadas de la relación de valuta entre el comerciante y el proveedor. Puede ser ésta incluso una razón que aconseje incluir en el documento la cláusula «no a la orden».

A) *La letra de cambio*

Mediante la entrega al proveedor de una letra de cambio ajustada en sus menciones esenciales y conformación externa a la legalidad, el comerciante da perfecto cumplimiento a la exigencia que le impone el artículo 17.3 LOCM ¹¹⁵.

Con relación a la letra cabe adoptar dos comportamientos distintos por parte del comerciante: su emisión o su aceptación, esta última constitutiva, como se sabe, de un negocio típico y exclusivo de la letra de cambio. Sin embargo, no es esto lo que entiende la doctrina. Para ciertos autores, la alusión que hace la Ley a la emisión o aceptación del documento debe interpretarse como referida a la *aceptación de la letra de cambio* (ya que, como se ha dicho, ésta es un negocio típico y exclusivo de la misma) y a la *emisión de un pagaré* ¹¹⁶.

Por nuestra parte, discrepamos de esta interpretación, porque entendemos que supone una restricción a la libertad del comerciante no justificada por el imperativo legal. Estimamos que el mandato establecido por la norma se cumple tanto si la letra es aceptada antes de su entrega al proveedor o simultáneamente a este acto, como si únicamente es librada por el comerciante, ya sea al propio cargo, ya sea por cuenta de un tercero, posponiendo la aceptación a un momento posterior. Entendemos que el hecho de que la aceptación constituya un negocio típico de la letra de cambio no significa que sea la única forma posible de adquirir obligaciones cambiarias, ni

¹¹⁴ En contra, *cfr.* LA CASA (*ob. cit.*, p. 6) para quien «el adquirente, con independencia de la actitud mostrada, deberá remitir o aceptar, en el plazo fijado para ello, el documento que lleve aparejada acción cambiaria en el que quede instrumentado el pago de la deuda contraída».

¹¹⁵ Los requisitos que han de concurrir para que un documento sea considerado como letra de cambio se expresan en el artículo 1 LCC. En cuanto a la legalidad de su conformación externa nos referimos al empleo del modelo oficial en papel timbrado, que otorga al título su fuerza ejecutiva, como se verá más adelante.

¹¹⁶ No es frecuente que se aporten explicaciones de las razones que impulsan a acoger esta interpretación. Por el contrario, es habitual asumirla para el tratamiento de otras cuestiones. Es el caso de ARIMANY Y MANUBENS, (*ob. cit.*, p. 172 y 173) quienes, desde la perspectiva del comerciante, afirman que «a pesar de que a estos efectos el precepto comentado admita tanto la aceptación de una letra como la emisión de un pagaré, es probable que los comerciantes opten siempre por la primera de estas posibilidades...». En el mismo sentido, *cfr.* FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1503); LA CASA (*ob. cit.*, p. 9); GONZALO ANGULO (*ob. cit.*, p. 121) y MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 339).

que la alusión que hace el artículo 17.3 LOCM a ella sea suficiente para afirmar que el momento en que debe producirse es el de su entrega al comerciante y no con posterioridad. Además, si la intención del legislador hubiera sido la de disponer que el comerciante necesariamente habrá de aceptar una letra de cambio o emitir un pagaré podría haber empleado esa fórmula textual, sin que existieran obstáculos para ello. Como puede verse, abogamos nuevamente por una interpretación no restrictiva de una norma que, como el artículo 17.3 LOCM, ya lo es de por sí.

En el caso de que el comerciante decida *emitir* el documento, caben, a nuestro juicio, como ya se ha apuntado, las siguientes posibilidades:

1.º Que el comerciante gire la letra al propio cargo ¹¹⁷:

En este punto, la doctrina entiende que es preciso necesariamente que al entregar al proveedor la letra de cambio se haya producido su aceptación, porque lo contrario implicaría que el proveedor debiera efectuar una serie de diligencias o gestiones para ejercitar las acciones cambiarias dimanantes del título, en definitiva: el proveedor vería su posición acreedora debilitada por su sometimiento a una serie de cargas ¹¹⁸.

Esta interpretación es en cierto modo coherente con la afirmación doctrinal antes expuesta de que la posibilidad contemplada por la Ley es la aceptación de la letra de cambio. Sin embargo, la admisión de la doctrina de la posibilidad de que el comerciante gire una letra al propio cargo (aceptada o no, como ahora veremos) ya implica un reconocimiento de que también entra en la literalidad de la norma la *emisión de una letra de cambio*, y no sólo su aceptación ¹¹⁹.

¹¹⁷ La LCC contempla esta posibilidad en el artículo 4.b).

¹¹⁸ Ésta es la posición de LA CASA (*ob. cit.*, p. 17, nota 36), quien además resalta que «en esta línea, la doctrina presupone que el empleo de la letra de cambio implica su aceptación por el comprador». Por su parte, GONZALO ANGULO (*ob. cit.*, p. 121) estima que la aceptación de la letra por parte del deudor es obligada, y constituye una garantía más de la aceptación del efecto al descuento por parte de la entidad crediticia. Para este autor, la excepcionalidad del aplazamiento por encima de los 60 días justifica que la deuda tenga una existencia fuera de la relación comercial en que se originó: «Por ello se hace, además, hincapié en la aceptación del instrumento...». Sin embargo, por nuestra parte, no vemos en qué lugar insiste o recalca el artículo 17.3 la necesidad de aceptación del instrumento cambiario.

¹¹⁹ LA CASA (*ob. cit.*, p. 17, nota 36), al admitir que el comerciante podría girar una letra al propio cargo siempre que además la aceptara, está admitiendo implícitamente que la Ley no da su aquiescencia únicamente a la aceptación del efecto por parte del comerciante, sino también a su emisión. Cosa distinta es que, independientemente de quién sea el librador de la letra, éste y otros autores entiendan que, en todo caso, es indispensable la aceptación previa o simultánea a la entrega de la letra. El autor, en otro lugar (*ob. cit.*, p. 9), llega incluso a afirmar que el proveedor preferirá que el comerciante le entregue una letra girada al propio cargo, dado que de este modo recaerá sobre el comprador-librador la obligación de satisfacer el impuesto sobre actos jurídicos documentados.

No obstante, una vez más discrepamos de esta opinión por entenderla restrictiva en exceso. La Ley no impone limitaciones a las formas de aceptar o emitir el documento cambiario, por lo que hemos de remitirnos a la LCC para el tratamiento adecuado de estas cuestiones. Si a falta de librado aceptante es el librador quien responde ante todos y ante quien nadie a su vez responde ¹²⁰, no entendemos por qué razón no pueda admitirse una letra así diseñada, en la que la aceptación, si concurre, se encomiende a un momento posterior, ya que, en último caso, aun cuando la letra se presente al cobro por el proveedor sin que haya sido previamente aceptada, el librador es obligado cambiario y responde frente a los tenedores posteriores del buen fin de la misma. Además, tampoco creemos que la intención de la Ley sea eliminar del camino del proveedor hacia el cobro de su deuda cualquier impedimento u obstáculo, puesto que, como ya expresamos en su momento, el artículo 17.3 incluso le impone alguna carga en orden a tal logro, como lo es el envío de la factura al comerciante en un tiempo determinado.

Por otra parte, esta interpretación es contradictoria, a nuestro juicio, con la posibilidad, admitida por la misma doctrina que acoge la anterior visión, de que la letra sea emitida o aceptada por un tercero sin mayores matices, porque, si esto es posible, ¿qué es lo que impide que el comerciante haga lo que se le permite a alguien ajeno a la relación obligatoria? ¹²¹

2.º Que el comerciante gire la letra por cuenta de un tercero ¹²²:

Para admitir esta modalidad de constitución de la letra, es preciso partir de la base de que el artículo 17.3 LOCM no sólo permite que el comerciante acepte la letra de cambio, sino también que la emita sin necesidad de que sea aceptada conforme a lo anteriormente expuesto, por lo que aquellos que niegan esta última posibilidad tampoco entenderán posible que el comerciante lleve a cabo este comportamiento sin conculcar la legalidad vigente.

Por nuestra parte, entendemos que es otra alternativa a disposición del comerciante y nos remitimos para justificar nuestra posición

¹²⁰ JIMÉNEZ SÁNCHEZ (*Derecho Mercantil*, Tomo II, obra coordinada por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Barcelona, 1992, p. 33) manifiesta que el librado «será el obligado principal de la letra, el que responde ante todos y ante quien nadie responde (*antes de la aceptación se encontrará en esta situación el librador*)». (La cursiva es del autor y nuestra).

¹²¹ FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1503) manifiesta: «Entiendo que puede admitirse la emisión o aceptación (o aval) por tercero (*v. gr.*, la sociedad dominante de la adquirente) cuando mejora la posición de cobro (mayor solvencia de la obligada cambiaria, por ejemplo) del proveedor».

¹²² La LCC contempla esta posibilidad en el artículo 4.c).

a las razones anteriormente expuestas con respecto a la admisibilidad tanto de la emisión como de la aceptación de la letra de cambio ¹²³.

En el caso de que el comerciante opte por *aceptar* la letra, bien sea librándola él mismo (al propio cargo, como se ha visto), bien aceptando la que el proveedor le presente, no se aprecian problemas de interés. Sólo queremos destacar el siguiente razonamiento, que enlaza con la tesis que venimos sosteniendo en este apartado, relativa a nuestro entendimiento de que no es esencial que la aceptación de la letra sea anterior o simultánea a la entrega del efecto por el comerciante al proveedor: si es posible y se admite en el artículo 17.3 LOCM que el proveedor gire la letra y la presente al comerciante para su firma ¹²⁴, es también posible que, a voluntad del proveedor, la aceptación recaiga tras un plazo, fijado por él con cierta libertad ¹²⁵. En esos casos, es claro que la aceptación por el comerciante no es ni anterior, ni simultánea al libramiento de la letra, y también es claro que en el artículo 17.3 no se contiene ninguna indicación dirigida al proveedor-librador de la letra para que presente ésta a su aceptación en un determinado *lapsus* de tiempo. Por consiguiente, si el proveedor asume la carga de presentar a su firma o aceptación la letra de cambio y no se le impone un plazo para hacerlo, no entendemos por qué ha de imponérsele al comerciante que la gira a su propio cargo ¹²⁶.

¹²³ Cfr. *supra*. Por su parte, la DGCI, en la persona de su Director general, don José Luis Marrero Cabrera, reconoce en la contestación a una consulta efectuada el 9 de diciembre de 1996 por el Sr. Secretario de la Federación de Industrias Alimenticias y Bebidas -FIAB- («En el caso de práctica del *confirming*, ¿se debe emitir documento que lleve aparejada acción cambiaria?», *Latienda-Super*, núm. 31, enero-febrero 1996, pp. 37 a 38, en concreto, p. 38), sin distinguir entre letra de cambio y pagaré, lo siguiente: «Hay que reparar en que la ley no obliga a que dicho documento sea emitido necesariamente por el comerciante, puesto que puede ser sólo aceptado por éste. Así, junto a la posibilidad de que sea el propio comerciante el que emita el documento, no debe existir inconveniente en que éste pueda ser emitido por la entidad financiera, en condición de mandataria o de comisionista, o incluso como subrogada plena en las obligaciones de pago del comerciante deudor» (la cursiva es nuestra). Estimamos que en la proposición destacada por nosotros de la interpretación que del artículo 17.3 hace la DGCI se está aludiendo a una asunción de la deuda (sin entrar ahora en si dicha asunción habría de ser cumulativa o liberatoria) del comerciante por la entidad de *confirming*, es decir, por un tercero ajeno a la relación comercial origen de la deuda cambiaria. Por consiguiente, a nuestro juicio, la DGCI admite tanto la emisión como la aceptación por un tercero del documento cambiario exigido en el artículo 17.3 LOCM.

¹²⁴ Recuérdese que, a tenor del artículo 29 LCC, la simple firma del librado puesta en el anverso de la letra equivale a la aceptación y que, en tanto no acepta, el librado no es un *obligado* a pagar, sino un *llamado* a hacerlo.

¹²⁵ El artículo 26.I LCC establece que: «En toda letra de cambio el librador podrá establecer que habrá de presentarse a la aceptación, fijando o no un plazo para ello».

¹²⁶ Si la razón estriba en no dejar al arbitrio de una de las partes (la deudora en este caso) el cumplimiento de la obligación, tampoco cabe dejarlo en manos de la otra parte, el proveedor (acreedor), en este caso. Además, aceptar no es cumplir, ni no aceptar es incumplir. El incumplimiento se produce con la negativa del librado cuando se le presen-

Una vez concluido por nuestra parte que el comerciante cumple con el mandato que le impone el artículo 17.3 tanto aceptando la letra como librándola, hemos de cuestionarnos la legalidad de una tercera posibilidad: ¿puede el comerciante cumplir con las exigencias legales *endosando* al proveedor una letra, no emitida ni aceptada por él, que tuviera en su poder en virtud de un crédito preexistente a su favor?

Si, como sostiene parte de la doctrina, la finalidad esencial que persigue la imposición de la obligación de entrega del documento cambiario es la de facilitar a los proveedores el descuento, y sólo secundariamente la de proporcionarles una garantía del cobro de su crédito ¹²⁷, hay que decir que tal objetivo se consigue también mediante el endoso de un documento cambiario no nacido *ex profeso* para documentar la relación entre el proveedor y el comerciante, ya que, según esta interpretación de los fines del artículo, lo importante es que la letra circule en el tráfico, que el crédito, mediante su incorporación al título, sea fácilmente transmisible.

Sin embargo, con ser esto cierto, el principal obstáculo de esta interpretación es la letra de la Ley, que impone al comerciante la obligación de emitir o aceptar un documento cambiario en el que conste una fecha de pago coincidente con la expresada en la factura. Esta última circunstancia, la de la necesidad de que la fecha prevista para el pago consignada en la factura y la del vencimiento del título coincidan, es, hasta cierto punto, fácilmente salvable, entregando un título con esa fecha de vencimiento. Lo que no parece sorteable es el hecho de que la Ley no ha contemplado esta posibilidad en el artículo 17.3 LOCM.

En otro orden de cosas, hemos también de prestar atención a una cuestión relativa a la conformación del título, sobre todo, cuando

ta la letra al pago. Por otra parte, recuérdese que, a tenor del artículo 26.II es el librador quien, salvo en una serie de casos tasados por el propio artículo, puede prohibir la presentación de la letra a la aceptación.

¹²⁷ Para ARIMANY Y MANUBENS, *ob. cit.*, p. 175: «Ciertamente es que el documento cambiario, aunque en menor medida que el aval bancario o que el seguro de crédito, cumple una función de garantía; pero, a diferencia de aquéllos, permite conseguir el efecto financiero del descuento y aliviar así los problemas que para la liquidez del proveedor causan los aplazamientos de pago». En el mismo sentido, PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 155) y GONZALO ANGULO (*ob. cit.*, p. 121 y 122). Por su parte, MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 338) señala que no se trata de un efecto derivado automáticamente de la Ley, ya que ésta «no impone a las entidades financieras la aceptación de cualesquiera descuentos de documentos cambiarios». No obstante, justo es reconocer que el Informe de la Ponencia para analizar los plazos de pago entre empresas en el sector de la distribución y los problemas que se derivan como consecuencia de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones comerciales (*ob. cit.*, p. 4), recomendaba la exigencia de que el comerciante entregara un documento cambiario cuando el aplazamiento superaba los sesenta días «al objeto de permitir que las empresas proveedoras puedan descontar dicho documento y mejorar su financiación».

éste es emitido por el comerciante. Se trata de si es posible imponer restricciones a la transmisibilidad de la letra, incluyendo en el título, por ejemplo, la cláusula «no a la orden». Los autores que defienden que la finalidad esencial de la norma que nos ocupa es facilitar a los proveedores el descuento, en coherencia con su pensamiento, no admiten la imposición de tales restricciones, que limitarían o impedirían la consecución del que piensan es el objetivo del precepto en cuestión ¹²⁸. Algún autor ha llegado incluso a afirmar que la inclusión de la cláusula «no a la orden» u otra similar, elimina la acción cambiaria, por lo que dicha inclusión contravendría lo dispuesto en el artículo 17.3, que exige que se entregue un documento que lleve aparejada acción de tal naturaleza ¹²⁹. Por nuestra parte, no vemos impedimento alguno en contemplar esta posibilidad, puesto que no creemos que la finalidad esencial de la norma sea la de dotar al proveedor de liquidez inmediata, que es un efecto colateral, sino la de otorgarles un instrumento especialmente efectivo de garantía de su crédito. Además, nuevamente, nos resistimos a una interpretación restrictiva del artículo 17.3, en el que en absoluto se hace referencia a la necesidad de que el título sea endosable o transmisible y al que se da perfecto cumplimiento entregando una letra no endosable ¹³⁰. Incluso pensamos que es muy posible que los comerciantes deseen

¹²⁸ En relación con esta cuestión, PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 155, nota 8) se plantea la antijuridicidad de un pacto de incedibilidad extracambiarío, es decir, no reflejado en la letra, por reputarlo contrario a la finalidad perseguida por la Ley, que este autor cifra en el descuento. En cuanto a la inclusión de la cláusula «no a la orden» en la letra, no alude a ella. GONZALO ANGULO (*ob. cit.*, p. 121) por su parte, sin abordar directamente la cuestión, afirma sin ambages que «la Ley garantiza que, en los plazos largos, el acreedor va a poder recurrir al descuento de un efecto de comercio transmisible».

¹²⁹ En efecto, LEMA DEVESA (*ob. cit.*, p. 23) afirma lo siguiente: «cualquier leyenda o mención que se inserte en el documento para eliminar la acción cambiaria, por ejemplo, “no endosable” vulneraría la Ley y el espíritu de la norma comentada. A este respecto, la cláusula “no endosable”, supondría que la institución financiera no tendría legitimidad para protestar el documento por falta de pago, puesto que *para que un efecto lleve aparejada la acción cambiaria debe ser necesariamente endosable*» (la cursiva es nuestra). Discrepamos de esta opinión, porque, a nuestro juicio, y a la vista del artículo 14.II LCC, la prohibición del endoso por el librador, es decir, la inclusión de la cláusula «no a la orden» o similar, no priva al documento de la acción cambiaria, sino que únicamente consigue que, a partir de ese momento, la letra sólo sea transmisible con los efectos de una cesión ordinaria de créditos. Por su parte, el artículo 49 LCC establece lo siguiente:

«La acción cambiaria puede ser directa contra el aceptante o sus avalistas, o de regreso contra cualquier otro obligado.

A falta de pago, el tenedor, aunque sea el propio librador, tendrá contra el aceptante y su avalista la acción directa derivada de la letra de cambio, para reclamar sin necesidad de protesto, tanto en la vía ordinaria como en la ejecutiva, lo previsto en los artículos 58 y 59. En este precepto no se exceptiona del ejercicio de estas acciones el caso de que la letra no sea endosable. Por otra parte, tampoco se menciona entre las causas de pérdida de las acciones cambiarias por el tenedor, contenidas en el artículo 63 LCC, la inclusión de la cláusula «no a la orden».

¹³⁰ En el mismo sentido, LA CASA, *ob. cit.*, p. 9.

incluir esta cláusula en la letra, para evitar tener que atender el título sin la posibilidad de oponer a los tenedores posteriores las excepciones derivadas de su relación con el proveedor.

También con relación a alguna de las menciones de la letra, hemos de destacar que el artículo 17.3 dispone que el título habrá de contener «*mención expresa de la fecha de pago, indicada en la factura*». Esto significa que habrá de expresarse en la letra la fecha de vencimiento, lo que elimina, a nuestro juicio, la posibilidad de que se entregue una letra pagadera a la vista o a un plazo desde la vista ¹³¹.

Cuestión diferente es la de la fuerza ejecutiva del documento ¹³², requerida por la LOCM, aunque no por el artículo 17.3, ya que su necesidad se infiere del texto del artículo 65.1 letra f), en el que se tipifica como infracción grave «*la falta de entrega por los comerciantes a sus proveedores de un documento que lleve aparejada ejecución cambiaria...*». En efecto, tal como pone de manifiesto la doctrina, la acción cambiaria a que se refiere el artículo 17.3 puede ser tanto la ordinaria como la ejecutiva ¹³³. Sin embargo, relacionando los dos preceptos mencionados se extrae la consecuencia de que el documento ha de estar provisto de fuerza ejecutiva. Como es sabido, el incumplimiento de las obligaciones fiscales por parte del librador de la letra acarrea como sanción la pérdida de la ejecutividad del título ¹³⁴. En este sentido, y buscando la interpretación correcta del artículo 65.1. letra f) de la LOCM, algún autor ha señalado que la inobservancia del requisito fiscal por parte del proveedor cuando es él quien

¹³¹ En el mismo sentido se manifiesta PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 155, nota 7), aunque este autor va más allá al afirmar que «*ciertos pagarés y letras –los pagaderos a la vista y a un plazo desde la vista–, aunque permiten el aplazamiento, dejan en manos del proveedor su vencimiento. De ahí que la propia Ley los desestime al exigir que el documento en el que se instrumente el pago debe indicar expresamente la fecha de pago*».

¹³² Según el artículo 66 LCC «*la letra de cambio tendrá aparejada ejecución a los efectos previstos en los artículos 1429 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por la suma determinada en el título y por las demás cantidades, conforme a los artículos 58, 59 y 62 de la presente Ley, sin necesidad de reconocimiento judicial de las firmas*».

¹³³ Cfr. ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 173); LA CASA (*ob. cit.*, p. 10) y PORTELLANO DÍEZ (*ob. cit.*, p. 155, nota 6).

¹³⁴ Así lo dispone el artículo 37.1 del texto refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales para el caso de que la letra se extienda en efecto timbrado de cuantía inferior a la exigida para el importe de la letra. Esta misma cuestión es muy bien abordada por LA CASA (*ob. cit.*, p. 10) quien, además, pone de manifiesto que la vía ejecutiva puede cerrarse también por no alcanzar el importe de la letra la *summa executionis* exigida por el artículo 1435 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Sin embargo, en este último caso, algo improbable, entendemos que no es que el título carezca de fuerza ejecutiva, sino que él solo no es suficiente para abrir el juicio ejecutivo, por razones principalmente de economía. Esto se demuestra con el hecho de que es posible acumular títulos diversos con el objeto de alcanzar la *summa executionis* requerida por el citado artículo 1435 LEC. Por contra, en el supuesto de incumplimiento de las correspondientes obligaciones fiscales, la letra se ve privada de su ejecutividad, sin que pueda acumularse su importe al de otros títulos con el fin de reclamarlo.

libra la letra no debe perjudicar al comerciante, que cumple con las exigencias del artículo 17.3 LOCM aceptando la letra privada de fuerza ejecutiva por esa circunstancia. Por contra, si dicha situación se debe a la conducta omisiva del comerciante a la hora de liquidar el impuesto, cuando es él quien entrega una letra girada al propio cargo, entonces, habrá lugar a la imposición al comerciante de la sanción correspondiente por comisión de la infracción contemplada en el artículo 65.1 letra f) ¹³⁵.

B) *El pagaré cambiario*

Al igual que sucedía con la letra de cambio, mediante la entrega al proveedor de un pagaré cambiario ajustado en sus menciones esenciales y conformación externa a la legalidad, el comerciante da perfecto cumplimiento a la exigencia que le impone el artículo 17.3 de la LOCM ¹³⁶.

Con respecto al pagaré, sólo es posible que el comerciante lo firme, puesto que la aceptación, como ya se indicó, es un negocio típico de la letra de cambio ¹³⁷.

La propia Ley Cambiaria y del Cheque hace extensibles al pagaré las disposiciones relativas a la letra de cambio que no sean incompatibles con su naturaleza ¹³⁸, por lo que muchas de las cuestiones tratadas por nosotros con ocasión del análisis de la letra de cambio son predicables también del pagaré. Con respecto a ellas, nos remitimos a las páginas correspondientes con el fin de evitar reiteraciones innecesarias, y destacaremos ahora aquellas otras cuestiones que atañen al pagaré en concreto.

Por obvio que parezca, lo primero que hay que resaltar es que el pagaré apto para dar cumplimiento a la obligación establecida en el artículo 17.3 LOCM es el *cambiario*, es decir, aquel por el que una persona (firmante) promete pagar una determinada cantidad a otra o a la orden de otra (tomador). Esto significa que el pagaré al portador no es un pagaré cambiario ¹³⁹, aunque, como pone de mani-

¹³⁵ Este razonamiento se debe a LA CASA, *ob. cit.*, p. 10.

¹³⁶ Los requisitos que han de concurrir para que un documento sea considerado como pagaré cambiario se expresan en el artículo 94 de la LCC.

¹³⁷ En el pagaré, la persona del firmante lleva a cabo el mismo comportamiento que el librador de la letra, es decir, emite el título (*cfr.* art. 94.7.º LCC). Sin embargo, las obligaciones que asume con dicho acto son similares a las que adquiere el librado cuando acepta. En este sentido, el artículo 97.I LCC declara que: «El firmante de un pagaré queda obligado de igual manera que el aceptante de una letra de cambio».

¹³⁸ *Cfr.* artículo 96 LCC.

¹³⁹ La mención del tomador es esencial según el artículo 94.5.º y sin ella el pagaré no es un documento cambiario. Para LA CASA (*ob. cit.*, p. 17, nota 37) el pagaré al portador se somete a la disciplina de los artículos 544 y ss. del CCO.

fiesto la doctrina ¹⁴⁰, un resultado práctico similar puede lograrse emitiéndolo con el nombre del tomador en blanco y completándolo en un momento posterior.

Además, puede decirse que, a efectos prácticos, la emisión de un pagaré y la de una letra girada al propio cargo y aceptada por el comerciante, son muy parecidos ¹⁴¹.

Por último, en contra de lo que sucede con la letra de cambio, el incumplimiento de las obligaciones tributarias por parte del firmante del pagaré no priva a éste de su fuerza ejecutiva ¹⁴², a pesar de estar sujeta su emisión al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados cuando se emiten a la orden.

2.1.2 PLAZOS PARA LA EMISIÓN O ACEPTACIÓN DE LOS DOCUMENTOS CAMBIARIOS

El artículo 17.3 de la LOCM no sólo impone a los comerciantes la obligación de emitir o aceptar documentos cambiarios dotados de acción cambiaria, sino que esa obligación ha de cumplirse en el plazo de treinta días desde la recepción de las mercancías. Pero, acompañando a esta exigencia legal, aparece la coletilla «... *siempre que la factura haya sido previamente enviada*». A la hora de examinar la obligación del proveedor de indicar en la factura la fecha prevista para el pago, ya hicimos oportuna referencia a la necesidad, coherente con la legislación fiscal, de que dicho documento fuera expedido en el tiempo fijado por la norma y a nuestra idea de que dicha obligación constituye una carga para el proveedor, necesaria para que fuera efectiva la obligación del comerciante de entregar el documento cambiario que la Ley le requiere.

Tal como entonces apuntábamos, estimamos que si la factura se envía con posterioridad a los treinta días siguientes a la entrega de las mercancías, el comerciante deberá emitir o aceptar el documento cambiario en un período de tiempo prudencial, ya que, aunque no se le otorguen plazos extraordinarios para cumplir esta obligación, tampoco puede dejarse *sine die* el cumplimiento de la misma ¹⁴³. No

¹⁴⁰ Cfr. DÍAZ MORENO, *Derecho Mercantil*, Tomo II; obra coordinada por JIMÉNEZ SÁNCHEZ; Barcelona, 1992; p. 121.

¹⁴¹ DÍAZ MORENO (*ob. cit.*, p. 115) señala que las diferencias se cifran en que el librador de una letra de cambio es un obligado en vía de regreso, mientras que el firmante de un pagaré es un obligado directo. Sin embargo, «si el librador llegara a aceptar la letra girada contra sí mismo respondería frente al tenedor como emisor de la letra y como aceptante, siendo entonces muy difícil distinguir tal letra, a efectos prácticos, del pagaré cambiario».

¹⁴² Cfr. DÍAZ MORENO (*ob. cit.*, p. 122) y LA CASA (*ob. cit.*, p. 17, nota 40).

¹⁴³ ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 174) manifiestan lo siguiente: «entendemos que, de no haberse remitido previamente la factura, no puede correr plazo alguno en con-

obstante, no deja de ser criticable que el proveedor no cometa infracción alguna cuando no realiza la entrega de la factura en tiempo y forma, ya que este comportamiento irregular redundaría en perjuicio del comerciante, sobre el que puede estar planeando la posibilidad de una sanción por infringir su obligación de entrega del correspondiente documento cambiario, comportamiento, éste sí, tipificado como infracción administrativa grave [art. 65.1.f) de la LOCM].

Respecto a esta cuestión, estimamos que no procedería atribuir al comerciante la comisión de infracción alguna en el concepto de falta de entrega del documento cambiario si tal omisión se debe al hecho de no haberle remitido el proveedor la factura correspondiente, dado que este comportamiento irregular sólo debe perjudicar a quien lo desarrolla, en este caso, al proveedor.

2.2 Garantías especiales que se otorgan a los proveedores en caso de que el aplazamiento supere los ciento veinte días desde la entrega: seguro de crédito o caución y aval bancario

El artículo 17.3 *in fine* otorga a los proveedores la facultad de exigir a los comerciantes con quienes contraten la presentación de un aval bancario, o bien la suscripción de un seguro de crédito o caución que garanticen de modo especial las operaciones cuyo pago es objeto de aplazamiento por espacio de más de ciento veinte días. Se trata de una medida que viene a sumarse (y no a reemplazar) a la exigencia de la documentación de la deuda en instrumento cambiario y que reviste un carácter accesorio de la obligación principal de pago del precio¹⁴⁴.

Como puede apreciarse, se trata de posibilidades alternativas que la LOCM concede al proveedor, sin que sea necesario el consentimiento del comerciante deudor¹⁴⁵.

Entendemos que la exigencia de aval bancario se cumple tanto con un aval cambiario, hecho constar en los documentos de tal naturaleza también exigidos por el artículo 17.3, como si éste constituye un negocio jurídico independiente¹⁴⁶. Más problemático resulta

tra del adquirente», opinión que es compartida por MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 339). Por su parte, LA CASA (*ob. cit.*, p. 11) señala que, «en la hipótesis de que la factura llegue a poder del adquirente pasados 30 días desde la recepción de las mercancías, no queda otra alternativa que considerar que aquél deberá obligarse cambiariamente de manera inmediata». En el epígrafe dedicado a la obligación de los proveedores de expedir factura, nos ocupamos de las repercusiones de la misma en la obligación de los comerciantes de entregar los documentos cambiarios. Para más información, *cfr. supra*.

¹⁴⁴ En el mismo sentido, ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 175).

¹⁴⁵ En contra, PORTELLANO DÍEZ, *ob. cit.*, p. 124.

¹⁴⁶ En el mismo sentido, PORTELLANO DÍEZ, *ob. cit.*, p. 156.

decidir si dicho aval debe ser necesariamente prestado por una entidad bancaria ¹⁴⁷, o se cumple igualmente la exigencia legal cuando lo constituye cualquier persona física o jurídica que no sea entidad crediticia. En favor de la primera interpretación está la letra de la Ley, que califica el aval exigido como «bancario» ¹⁴⁸. En favor de la segunda posibilidad puede aducirse el hecho de que el precepto se contenta indistintamente con que el comerciante aporte como garantía un aval bancario o un seguro, ya sea de crédito o de caución, y, en estos últimos casos, no es un banco, sino una entidad aseguradora la que da solvencia a la garantía. No obstante, también puede pensarse que un banco y una aseguradora pueden presentar una solvencia equiparable y que por esta razón las garantías previstas son intercambiables. A nuestro juicio, y aun siendo conscientes de que propugnamos una interpretación *contra legem*, debiera aceptarse igualmente el aval de un tercero que carezca de la condición de entidad bancaria, si se acredita suficientemente su solvencia ¹⁴⁹.

En cuanto a los seguros de caución o crédito, como se sabe, sirven a finalidades diversas de garantía: mientras el primero cubre las eventualidades del incumplimiento de obligaciones legales o contractuales por parte del tomador del seguro (deudor de la obligación que se garantiza) y se extiende a los daños patrimoniales sufridos por el acreedor-asegurado ¹⁵⁰, el segundo se dirige «a indemnizar al asegurado las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores» ¹⁵¹. Además, nada impide que la garantía se extienda a los intereses moratorios ordenados por la Ley, si bien, en buena lógica, es muy posible que éstos no lleguen a devengarse, dado que el avalista o la aseguradora cubrirían la obligación principal en el caso de no atenderla el comerciante ¹⁵².

¹⁴⁷ Para FERNÁNDEZ DEL POZO, *ob. cit.*, p. 1503: «entiéndase: prestado por entidad de crédito autorizada, no sólo los bancos».

¹⁴⁸ PORTELLANO DíEZ (*ob. cit.*, p. 156) entiende que se trata de una utilización genérica del término «bancario», por lo que el aval podrán prestarlo tanto los bancos, como las cajas de ahorros, cooperativas de crédito y sociedades de garantía recíproca autorizadas para operar en España.

¹⁴⁹ No obstante, parece que la exigencia de que el aval lo preste una entidad bancaria obedece a la presunción de solvencia que asiste a éstas cuando han sido regularmente constituidas, dado el control de tales entidades que realiza el Banco de España.

¹⁵⁰ PORTELLANO DíEZ (*ob. cit.*, p. 156 y ss.) pone de manifiesto que su naturaleza es discutida, por su semejanza con la fianza. Para este autor, «aunque es claro que se trata de un auténtico contrato de seguro, en la práctica puede llegar a funcionar como una fianza cuando se trate —y éste es el caso— de una obligación pecuniaria».

¹⁵¹ El seguro de caución se halla contemplado en el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro (en adelante, LCS). Por su parte, el seguro de crédito encuentra tratamiento en los artículos 69 a 72 de la misma Ley. El período en cursiva pertenece al artículo 69.

¹⁵² En el mismo sentido, ARIMANY Y MANUBENS, *ob. cit.*, p. 175.

Como puede deducirse de las propias definiciones de ambos tipos de seguro, el de caución es más dinámico, menos exigente con el «siniestro» que le sirve de presupuesto, por lo que es de esperar que sea preferido por los proveedores, ya que es más fácil que se produzca un incumplimiento que una insolvencia definitiva ¹⁵³.

Como se ha dicho, la Ley ofrece al proveedor la posibilidad alternativa de exigir alguna de estas garantías, pero no declara taxativamente a quién corresponde elegir el medio de garantía concreto, por lo que entendemos que es cuestión que puede dejarse a la determinación del acuerdo de las partes, o, en su defecto, a la decisión del comerciante, nuevamente en virtud del *favor debitoris*, ya que del modo de expresión de la Ley, puede deducirse que cualquiera de estos instrumentos es apto para satisfacer al proveedor. Este criterio del *favor debitoris* responde a que en este caso puede propugnarse la aplicación del artículo 1132 CC, esta vez no analógicamente, puesto que ahora nos encontramos ante una obligación alternativa *stricto sensu*, dado que el comerciante cumple presentando como garantía o un aval, o un seguro de crédito o un seguro de caución.

Por otra parte, tampoco se establece, en contra de lo que sucede con la obligación de la instrumentación de la deuda del comerciante en documento cambiario, el momento a partir del cual es exigible la prestación de las citadas garantías por el proveedor ni, por ende, el plazo de que goza el comerciante para su presentación ¹⁵⁴. Estimamos que la garantía es exigible por el proveedor desde el momento en que las partes acuerdan un aplazamiento de pago superior a los ciento veinte días, y que, incluso con anterioridad a este pacto, puede el proveedor imponer como condición suspensiva del acuerdo la prestación de la garantía, dada la redacción del artículo 17.3 en este punto, que establece que «para la concesión de aplazamientos de pago superiores a ciento veinte días, el vendedor podrá exigir que queden garantizados mediante aval bancario o seguro de crédito o caución». En este último caso, es claro que el comerciante, si desea que se le conceda el aplazamiento, deberá prestar la garantía tan pronto como le sea posible. Pero si el aval o el seguro correspondiente no se exigen como condición del aplazamiento, sino con posterioridad a la adopción del acuerdo, ¿de qué

¹⁵³ El concepto de insolvencia definitiva es acotado por la propia LCS, en su artículo 70.

¹⁵⁴ ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 175), sin pronunciarse acerca del plazo de que goza el comerciante para prestar las correspondientes garantías, opinan que «es evidente que el proveedor podrá exigir la prestación de esas garantías simultáneamente o inmediatamente después de nacida la obligación principal, es decir, a partir de la entrega y recepción de las mercancías». Por su parte, MARÍN LÓPEZ (*ob. cit.*, p. 140) estima que «el acreedor puede exigirlo en cualquier momento».

plazo dispone el comerciante para procurárselos? Pensamos que, en este caso, el comprador podrá presentar al proveedor la garantía elegida en cualquier momento anterior a la fecha de vencimiento del aplazamiento, dado que lo importante es que se halle constituida para entonces. Es claro que la prontitud con que se preste repercutirá positivamente en la situación del proveedor, que verá aumentada su solvencia si negocia el crédito, ya que no es lo mismo transmitirlo con garantías adicionales que con la sola del deudor. Pero eso es una cosa y otra distinta es que pueda exigírsele al comerciante el cumplimiento de esta obligación de forma inmediata, porque para esta afirmación no hay base en la letra de la Ley.

Es curioso, a estos efectos, comprobar que el incumplimiento por el comerciante de la obligación de presentar las garantías mencionadas por el artículo 17.3 cuando el proveedor se las exija, no está expresamente tipificado como infracción en los artículos 64 y 65 de la LOCM, por lo que la única forma de atacar administrativamente el comportamiento omisivo irregular del comerciante es, hoy por hoy, acudir al artículo 64 letra *h*) que califica de infracción leve: «*En general, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley o en las normas dictadas para su desarrollo, que no sean objeto de sanción específica*»¹⁵⁵.

En cualquier caso, es de esperar que esta medida de garantía adicional tenga escaso seguimiento, pues los proveedores preferirán no hacer uso de ella a asumir el riesgo de perder un cliente¹⁵⁶.

IV. EL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMA

Ante el incumplimiento de los mandatos contenidos en el artículo 17 LOCM, surge el interrogante acerca de los medios de reacción que proporciona el ordenamiento jurídico para atender a la lesión de los intereses en juego.

Por una parte, ha de atenderse al Derecho Administrativo sancionador, que se fijará en ciertos comportamientos para calificarlos

¹⁵⁵ En contra, opinan ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 176) que la negativa por parte del comerciante a prestar las garantías requeridas «ni siquiera integraría el supuesto contemplado en el artículo 64.h) –incumplimiento de obligaciones que no sean objeto de sanción específica– ya que el artículo 17.3 no impone, en este punto, obligación alguna al adquirente, sino que se limita a reconocer una facultad al proveedor».

¹⁵⁶ Así piensa también GONZALO ANGULO (*ob. cit.*, p. 123 y ss.), para quien «*exigir aval o seguro sobre las cantidades adeudadas es una prerrogativa del vendedor, que posiblemente se resistirá a ejercer si, como es lógico, presupone que al hacerlo está condicionando la propia existencia de operaciones de venta en el futuro, ya que el comprador preferirá proveedores que no le planteen tal exigencia*».

de «infracciones» y, consecuentemente, aparejará a su comisión determinadas sanciones que pueden ser de tipología diversa. Por otra parte, existirán comportamientos infractores de la norma que no merecerán (aunque tal decisión del legislador sea discutible) la intervención de la Administración. En estos casos, se impone el recurso a la vía jurisdiccional civil ¹⁵⁷.

De ahí que en este capítulo prestemos atención tanto al régimen administrativo sancionador que se consagra en la LOCM, como a otro tipo de acciones jurídico-civiles, normalmente obviadas por los estudios doctrinales acerca del artículo 17.

1. COMPETENCIA, VIABILIDAD Y APLICACIÓN DEL RÉGIMEN SANCIONADOR

El artículo 63.1.I de la LOCM dispone que:

«Las Administraciones Públicas comprobarán el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley, a cuyo fin podrán desarrollar las actuaciones inspectoras precisas en las correspondientes empresas. También sancionarán las infracciones cometidas, previa instrucción del oportuno expediente, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir».

Las competencias sancionadoras descritas por el precepto son atribuidas por el artículo 63.1.II de la LOCM a las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA), sin determinar, en buena lógica, qué órgano en concreto habrá de encargarse de las labores de inspección del cumplimiento de la Ley, lo que puede derivar en una inicial inaplicación de las previsiones de la misma, en tanto esta competencia se deposite en el órgano competente ¹⁵⁸. Es de esperar que los que ya tienen la potestad sancionadora en virtud de leyes autonómicas de comercio interior en desarrollo de las respectivas com-

¹⁵⁷ REBOLLO PUIG (*ob. cit.*, p. 907) resume bien este pensamiento cuando señala que en la LOCM existen preceptos de naturaleza jurídico-privada que «establecen la posición de dos sujetos privados en sus relaciones recíprocas, consagrando derechos y obligaciones correlativos. Las consecuencias de estas normas y de su eventual incumplimiento no suponen, en principio, intervención alguna de las Administraciones públicas: o se cumplen voluntariamente por aquellos a quienes incumben o el sujeto privado que se sienta perjudicado por ello podrá acudir a los tribunales del orden jurisdiccional civil para imponer su cumplimiento u otra consecuencia (nulidad, resolución del negocio, indemnización...)».

¹⁵⁸ Para REBOLLO PUIG (*ob. cit.*, p. 911) «aquí se prevé una actividad inspectora pero sin regular cómo y con qué potestades puede desarrollarse. Las leyes autonómicas de comercio deberán abordar con más detenimiento este aspecto. Algunas, sin embargo, lo han ignorado por completo. Otras, con acierto, lo han regulado aunque sea discutible si lo han hecho con la suficiente precisión».

petencias legislativas de las CCAA asuman también las encomendadas por la Ley estatal, pero ésta es una posibilidad lógica como pueda ser cualquier otra. Comoquiera que sea, parece que la creación de órganos *ad hoc* puede suponer un gasto que difiera la aplicación efectiva de la LOCM ¹⁵⁹.

En cuanto a la apreciación de los comportamientos infractores, hemos de destacar que la Ley, en coherencia con el resto del Ordenamiento, establece la necesidad de respetar el *non bis in idem*, principio general de nuestro Derecho sancionador a tenor del cual nadie puede ser sancionado más de una vez por un mismo comportamiento antijurídico ¹⁶⁰. Así se dispone en el artículo 63.4 de la LOCM, a cuyo tenor «*en ningún caso se podrá imponer una doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, si bien deberán exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes*» ¹⁶¹. Ello determina un concreto rango de aplicación del régimen sancionador instaurado por la LOCM en relación con una posible concurrencia con regímenes sancionadores de otras leyes que también tipifican como ilícito conductas contrarias a la LOCM o, incluso, en relación con el Código Penal y las leyes penales especiales. Este citado rango es de segundo grado en el caso de la LOCM, según se dispone en su artículo 63.2:

«*La instrucción de causa penal ante los Tribunales de Justicia o la incoación de expediente por infracción de las normas de defensa de la competencia, suspenderá la tramitación del expediente administrativo sancionador que hubiera sido incoado por los mismos hechos y, en su caso, la eficacia de las resoluciones sancionadoras*».

Así, puede decirse que el régimen sancionador de la LOCM sólo será de aplicación en aquellos casos en que los comportamientos denunciados no constituyan infracción de normas jurídicas pertenecientes a leyes preferentes, o cuando, pese a constituir ilícitos tipifi-

¹⁵⁹ Así lo entiende CARRASCO PERERA (*ob. cit.*, p. 41) quien, refiriéndose a las CC.AA. que incrementaron sus competencias a través de la Ley Orgánica 2/1992, estima que: «De hecho, puede vaticinarse que en las Comunidades Autónomas de este tipo la disciplina de regulación administrativa intensa del mercado tiene ya garantizado su fracaso por falta de fondos públicos».

¹⁶⁰ En el mismo sentido, GUTIÉRREZ DELGADO, «Régimen sancionador en la nueva ordenación del comercio minorista», en la obra Nueva Ordenación del Comercio Minorista en España; Madrid, 1996; pp. 175 a 194, en concreto, pp. 185 y ss.

¹⁶¹ Según REBOLLO PUIG (*ob. cit.*, p. 921), «lo que recoge para este ámbito del comercio el apartado 4 del artículo 63 es el principio *non bis in idem* que ya proclamó el TC como principio constitucionalizado y derecho fundamental íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad del artículo 25 CE. En puridad, lo único que significa el principio y este artículo 63.4 es la prohibición de doble castigo en ciertas condiciones».

cados tanto por la LOCM como por otras, no se haya incoado un expediente conforme a cualquiera de esa legislación preferente. En cuanto a la referencia a la instrucción de causa penal ante los Tribunales de Justicia, es, si se quiere, innecesaria, aunque no inútil, puesto que es sabido que la jurisdicción penal es preferente a cualquier otra y, con más razón, suspensiva de cualquier expediente administrativo sancionador.

Por lo que respecta al reflejo de las obligaciones impuestas por el artículo 17 en el sistema de infracciones tipificadas por la propia LOCM, hemos de traer a colación los siguientes preceptos:

1.º Artículo 65.1 letra f), en el que se tipifica como infracción grave *«la falta de entrega por los comerciantes a sus proveedores de un documento que lleve aparejada ejecución cambiaria en los supuestos y plazos contemplados en el apartado 3 del artículo 17»*.

2.º Artículo 65.1 letra g), en el que se tipifica como infracción grave *«no dejar constancia documental de la fecha de entrega de mercancías por los proveedores o falsear este dato»*.

3.º Artículo 64, letra h), en el que se tipifica como infracción leve *«en general, el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la presente Ley o en las normas dictadas para su desarrollo, que no sean objeto de sanción específica»*.

Con respecto al primero de ellos, ya apuntamos en otro lugar que el artículo 17.3 impone el envío de la factura por el proveedor como condición previa del cumplimiento por los comerciantes de la obligación de entregar un documento con acción cambiaria aparejada. Es por eso que llame la atención que de forma correlativa a este artículo 65.1.f) no se haya tipificado como infracción del proveedor la omisión del envío de la factura en tiempo y forma, es decir, en los mismos plazos con que cuenta el comerciante para cumplir con la exigencia legal. A nuestro entender, ninguna sanción podría imponerse en relación con esta infracción si el comportamiento omisivo del comerciante deriva de la, a su vez, omisión del envío de la factura por el proveedor, a pesar de que la conducta de este último no sea específicamente sancionable a tenor de la LOCM.

Por lo que respecta al artículo 65.1.g), la infracción que se tipifica, consiste en el falseamiento u omisión de la constancia de la fecha de entrega de las mercancías, fecha que, como es sabido, resulta imprescindible para determinar la exigibilidad de algunas de las obligaciones que el artículo 17 impone a los comerciantes y, en menor medida, a sus proveedores. Constituye el correlato lógico del mandato consagrado en el artículo 17.2, a cuyo tenor los

comerciantes deben recoger documentalmente la fecha de entrega de las mercancías, por lo que es, una vez más, este sujeto de la relación el que se encuentra en situación de poder cometer un ilícito de este tipo a través del albarán, documento en el que, como es sabido, se hace constar la fecha de recepción ¹⁶².

Por último, en lo concerniente al artículo 64.h), hemos de señalar que la generalidad de su enunciación permite que en él «quepa todo», como en un verdadero cajón de sastre. Ese empleo de una fórmula general, no agotadora por definición de la descripción del comportamiento infractor, constituye, a nuestro juicio, el más importante elemento de crítica de este precepto, puesto que en materia de sanciones debería observarse en nuestra opinión de forma exquisita el principio de tipicidad, con el fin de evitar indeseables situaciones de indefensión. Somos conscientes de que se trata de un método muy empleado en nuestro Derecho, en leyes tan importantes como, por ejemplo, la Ley General Tributaria, pero esa profusión de uso no justifica la ausencia de crítica por nuestra parte. El principio de tipicidad puede conculcarse porque, a nuestro entender, esta «infracción-comodín» puede acomodarse en cada momento a la interpretación que se haga de la Ley, de forma tal que de esas zonas oscuras en las que no se sabe muy a las claras hasta dónde llegan las obligaciones legales ni cuál es la frontera entre lo ilícito y lo lícito (zonas que justifican trabajos como éste), pueden surgir diversas interpretaciones del alcance de la Ley y esas distintas inteligencias de las normas podrían llevar a que un mismo comportamiento se calificara como infracción simple o como nada en función del momento en que se sustanciara el expediente sancionador, con el consiguiente perjuicio para el principio de igualdad que esto supondría ¹⁶³.

¹⁶² A esta cuestión ya hicimos referencia en el capítulo III, epígrafe 1.3, correspondiente al análisis del albarán. Cfr. *supra*. Por otra parte, REBOLLO PUIG (*ob. cit.*, p. 979) pone de manifiesto que «por lo general, la infracción administrativa consistente en «falsar este dato», o sea, la fecha de entrega, no supondrá simultáneamente la realización de un delito. Pero si por la forma en que se ha producido (por ejemplo, alteración de la fecha que inicialmente constaba) o por la naturaleza del documento en que se ha hecho constar, los hechos son constitutivos de delito o, al menos, presentan *prima facie* caracteres que hagan estimar al órgano administrativo competente que pudieran merecer esa calificación penal, la preferencia absoluta de los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal obligará a suspender el procedimiento administrativo sancionador y actuar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63.2 de esta misma Ley».

¹⁶³ Por tanto, estamos plenamente de acuerdo con las observaciones de REBOLLO PUIG (*ob. cit.*, 936) al respecto: «Si se acepta esta forma de «tipificar», que ni siquiera merece tal nombre, no sólo estaremos admitiendo una norma que choca frontalmente con la necesidad de predeterminación normativa y que supone burdamente identificar tipicidad con antijuricidad, sino que estaremos socavando todo el sistema de modo que ese esfuerzo de tipificación de los demás apartados de la Ley devendría inútil».

2. ACCIONES QUE PUEDEN EJERCITAR LAS PARTES AFECTADAS POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA NORMA

Como se ha apuntado con anterioridad, a tenor del artículo 63.2 de la LOCM la incoación de expediente por infracción de las normas de defensa de la competencia suspende la tramitación del expediente por infracción de los preceptos de la Ley que nos ocupa. De este modo, si se elige el cauce jurídico de la defensa de la competencia, nos habremos salido del elenco de acciones que *con base en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista* puede ejercitar el perjudicado por el comportamiento infractor. En este caso, dicha conducta antijurídica se atacaría por constituir no ya un ilícito contra la LOCM, sino contra las leyes en concreto que se esgrimieran para tutelar los intereses conculcados, por lo que el comportamiento anti-jurídico habría de ajustarse a la descripción de las infracciones contenidas en dichas leyes. Por esta razón, porque escapa al análisis de lo que es la LOCM y el régimen sancionador aplicable al sistema de pago a proveedores, no vamos a entrar en el tratamiento de las acciones que otorgan las leyes reguladoras de la competencia ¹⁶⁴.

2.1 ¿Puede ejercitarse la acción de nulidad?

A) LA RELACIÓN ENTRE EL CARÁCTER IMPERATIVO DEL ARTÍCULO 17 LOCM Y LA SANCIÓN DE NULIDAD EX ARTÍCULO 6.3 DEL CÓDIGO CIVIL

Derivado de la discusión expuesta en páginas anteriores acerca del carácter imperativo del precepto que nos ha venido ocupando, aparece el problema de si es o no ejercitable por las partes la acción de nulidad de los actos ejecutados en contra de lo que en él se establece, dado que tal acción suele unirse a la imperatividad de las normas ¹⁶⁵. A la hora de ocuparnos del carácter de la norma, ya apunta-

¹⁶⁴ Para más información sobre las acciones que se fundamentan en las normas de defensa de la competencia, puede consultarse el trabajo de ARGÜELLO BERMÚDEZ (*ob. cit.*, pp. 195 a 216) que se dedica a este fin. Por otra parte, en un ámbito más general y con respecto a las implicaciones del Derecho de la Competencia con la libertad de empresa y el mercado interior, véase la obra de SORIANO GARCÍA, *Derecho Público de la Competencia*; Madrid, 1998.

¹⁶⁵ Según PUIG BRUTAU (voz «actos nulos», en la obra *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo II, Barcelona, 1962; pp. 330 a 333, en concreto, p. 330): «En sentido general, se habla de nulidad para expresar la sanción civil inherente a todo acto jurídico celebrado sin observar las reglas establecidas por la ley, para asegurar la defensa del interés general, o para la protección de un interés privado». Para BONET CORREA (*ob. cit.*, p. 323), «el carácter imperativo de las normas reguladoras y sus mandatos prohibitivos van dirigidos a que se logre un mejor orden de convivencia en la conducta de los individuos, para lo cual, se

mos que la afirmación de su carácter imperativo podía suscitar algún problema de fondo: inmediatamente surgía el interrogante de cuál es la sanción prevista por la Ley, o en su defecto, por el Ordenamiento en su conjunto, para el caso de contravención de sus mandatos, cuestión cuyo tratamiento remitíamos a este momento.

Pues bien, en línea de principio, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 6.3 del CC ¹⁶⁶, los actos contrarios a una norma imperativa (como concluimos es en parte el artículo 17 LOCM) han de sancionarse con la nulidad, aunque tan rotunda afirmación no debe entenderse de un modo absoluto ¹⁶⁷, puesto que tras establecer esta consecuencia, el propio artículo admite una solución distinta cuando la Ley encadena a su contravención sanciones o efectos diferentes de la nulidad ¹⁶⁸. Éste parece ser el caso de la LOCM, que impone una serie de sanciones administrativas a la comisión de ciertas infracciones de sus preceptos (multas pecuniarias y, en algún caso, cierre temporal de la empresa infractora) y que, además, en su artículo 65.2 salva expresamente la validez de los actos y contratos realizados en contra de sí misma al disponer que: «*la imposición de sanciones administrativas en los supuestos recogidos en los apartados f) y g) del apartado 1 del presente artículo no prejuzgará, en modo alguno, la validez de los correspondientes contratos o de las obligaciones, respectivamente, asumidas por las partes*». Es por eso que calificábamos al artículo 17 como una *lex minus quam perfectae*, puesto que su infracción determina la imposición de una pena, sin declarar la nulidad del acto ¹⁶⁹.

arbitran sanciones a los contraventores sin necesidad de que la nulidad sea su consecuencia más inmediata».

¹⁶⁶ El texto del artículo 6.3 CC es el siguiente: «*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*».

¹⁶⁷ En coherencia con ello, afirma PUIG BRUTAU (*ob. cit.*, p. 332) que: «sería falso afirmar que todo lo que no es derecho supletorio (*ius dispositivum*) ha de ser observado bajo sanción de nulidad, pues una cosa es que la infracción de una ley merezca ser sancionada, y otra distinta que la sanción consista en la nulidad radical o absoluta de lo ejecutado».

¹⁶⁸ PUIG BRUTAU (*ob. cit.*, p. 333), tras señalar que no todos los actos *contra legem* han de sancionarse con la nulidad, distingue entre actos ejecutados contra lo dispuesto en la ley que tienen sanciones especiales distintas de la nulidad; actos que suponen también incumplimiento de preceptos positivos, contra los cuales la ley reacciona exigiendo el cumplimiento en forma específica; actos que infringen prohibiciones que dan lugar a la obligación de reparar o indemnizar los perjuicios y actos que suponen infracciones subsanables.

¹⁶⁹ A este tipo de normas aluden DE CASTRO (*ob. cit.*, p. 533), BONET CORREA (*ob. cit.*, p. 313-314) y DE LOS MOZOS (voz «nulidad de actos jurídicos», en la obra *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XVII; Barcelona, 1982, pp. 611 a 629, en concreto, p. 616), entre otros. Para BONET CORREA (*ob. cit.*, p. 319), las normas imperativas y prohibitivas tienen la posibilidad «de imponer sanciones que sean la de nulidad, otras menores, más conformes con la finalidad de la propia norma; así ocurre con la mayor parte de las normas de la Administración económica del Estado que regulan ámbitos diversos (tasas y

B) SI SE ABOGA POR LA NULIDAD, ¿QUÉ ES LO QUE DEBE DECLARARSE NULO?

Éste es el primer argumento que se vuelve en contra de la inteligencia de que cualquier acto ejecutado contraviniendo lo dispuesto en el artículo 17 de la LOCM debe acarrear la nulidad. Pero a él pueden sumarse otros, que se manifiestan en función de lo que se decida sobre una cuestión previa: la de *qué es lo que se debe declarar nulo* en caso de apreciarse la nulidad. Para adoptar una decisión acerca de tal extremo, partiremos de dos hipótesis y, al hilo de su tratamiento, iremos aportando los argumentos decisivos a nuestro juicio para inclinarnos a favor o en contra de la nulidad.

B.1 *Lo nulo es el acuerdo de aplazamiento de pago*

Si entendemos que cuando proveedor y comerciante acuerdan instrumentar sus aplazamientos de pago superiores a sesenta días de forma distinta a la preceptuada por el artículo 17.3 están adoptando un acuerdo nulo, se plantea el siguiente problema: si el total acuerdo es nulo, entonces hay que retrotraerse al momento anterior a la adopción del mismo, ya que lo nulo no produce efectos, y, por tanto, habremos de entender que no hubo acuerdo de aplazamiento de pago¹⁷⁰. De esta conclusión se desprenden las siguientes consecuencias jurídicas establecidas por el propio artículo 17:

1.º El artículo 17.1 dispone que, en defecto de pacto, se entenderá que el pago deberá realizarse por el comerciante al recibir las mercancías.

2.º Al no haberse hecho así, (puesto que las partes pactaron un aplazamiento que por nulo no puede observarse), se devengarían desde la fecha de entrega y recepción de las mercancías los intereses moratorios correspondientes a tenor del artículo 17.4, que habría de satisfacer el comerciante.

Como puede verse, las consecuencias negativas de la declaración de nulidad del acuerdo de aplazamiento por haber sido instrumentado en forma distinta a la debida, sólo recaerían sobre el comer-

precios en el mercado interior, viviendas protegidas, control de cambios, etc.) y donde las sanciones van desde la pérdida de algún derecho (como el de nacionalidad) hasta las sanciones pecuniarias».

¹⁷⁰ Para DE LOS MOZOS, voz «nulidad de los actos jurídicos»..., *cit.*, p. 619: «no es más que una consecuencia de la propia nulidad, al entenderse que lo nulo no produce efecto alguno, por lo que las cosas deberán volver a su estado originario, como si el negocio tachado de nulidad nunca se hubiera celebrado, teniendo lugar la “repristinación” de las situaciones jurídicas precedentes».

ciente, que es el único obligado a satisfacer intereses al proveedor conforme se ha razonado. La injusticia de este planteamiento, que salta a la vista, se sustenta en mecanismos legales que hacen rechazable la conclusión expuesta:

1.º El principio de la buena fe, consagrado en el artículo 7.1 CC, podría impedir que el proveedor, contraviniendo sus propios actos, reclamara los intereses de demora desde el momento de la entrega de las mercancías, dado que su actitud consintiendo y adoptando un aplazamiento realizado de modo contrario a la ley, generó una confianza en el comerciante que no puede ahora defraudar usando la propia ley como pretexto ¹⁷¹.

2.º Si el proveedor esgrimiera la nulidad del acuerdo de aplazamiento y reclamara y recibiera los intereses de demora correspondientes, se produciría un enriquecimiento injusto por su parte a costa del comerciante, ya que es de suponer que el tiempo transcurrido entre la entrega de las mercancías y el momento de reclamar los intereses haría que éstos fueran exorbitantes.

3.º Para eliminar la posibilidad de que comerciante y proveedor se reclamaran cosas basándose en la nulidad o la ilicitud del acuerdo que mutuamente tomaron, podría esgrimirse el artículo 1306.1.º CC, según el cual «*Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:*

1.º *Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido*» ¹⁷². Del mismo modo, el artículo 53 CCO establece que: «*Las convenciones ilícitas no producen obligación ni acción, aunque recaigan sobre operaciones de comercio*».

Por otra parte, no alcanzamos a imaginar la utilidad de una declaración de nulidad del acuerdo de aplazamiento de pago.

¹⁷¹ Según MIGUEL GONZÁLEZ (voz «acto propio», en la obra *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo I, Madrid, 1995, pp. 204 a 207, en concreto, p. 206): «La imposibilidad de venir contra los propios actos puede determinar una paralización del ejercicio del derecho o facultad de que se trate, pero puede significar su pérdida definitiva si ya es imposible ejercitarlo según las exigencias de la buena fe». No obstante, también es cierto que existe la consideración de que la prohibición de ir contra los propios actos sólo opera cuando la conducta cuyo respeto impone la regla versa sobre materia disponible y no atinente a ley imperativa.

¹⁷² DE LOS MOZOS (voz «nulidad de los actos jurídicos»..., *cit.*, p. 618, nota 53) señala que «la nulidad que provenga de ilicitud de la causa, la ley priva de acción a las partes en la medida en que fueron partícipes de la ilicitud de la causa o de la inmoralidad, como aplicación de la regla "*in pari causa turpitudinis melior est conditio possidentis*", lo que vienen a desarrollar los artículos 1305 y 1306 CC».

B.2 *Lo nulo es la forma de instrumentar el aplazamiento, adoptada en contra de las exigencias legales*

Si entendemos que lo nulo es la forma distinta a la exigida legalmente en que proveedor y comerciante han acordado instrumentar el aplazamiento de pago, y no ya éste, nos encontraremos con que lo único que sucede [independientemente de la sanción que corresponda a tenor del artículo 65.1.f)] es que ante un aplazamiento de pago superior a sesenta días han de cumplirse una serie de exigencias de documentación que aún no se habrán cubierto. Así, si en lugar de una letra o pagaré cambiarios el comerciante entregó pagarés de empresa, aún estará pendiente el cumplimiento de las exigencias del artículo 17.3. Sin embargo, esta interpretación presenta los siguientes inconvenientes:

1.º Casi con toda seguridad, se habrá sobrepasado el plazo legal de treinta días desde la fecha de entrega de las mercancías para entregar el preceptivo documento cambiario.

2.º Es también posible que se hayan hecho efectivos por parte del proveedor los instrumentos de pago que le proporcionó el comerciante, en cuyo caso, causaría un enriquecimiento injusto para el proveedor el hecho de que se le entregaran nuevos instrumentos de pago de una deuda vencida e incluso pagada.

3.º En contra de una posible reclamación del proveedor en este sentido opera también un argumento que antes expusimos para la declaración de nulidad del total acuerdo de pago: tal conducta iría contra la doctrina de los propios actos¹⁷³.

Nuevamente, no alcanzamos a imaginar, menos aún en esta hipótesis, la utilidad de una declaración de nulidad de la forma de instrumentar el acuerdo de aplazamiento de pago.

Hemos de tener en cuenta, por último, que hasta ahora nuestras hipótesis de trabajo han partido de la base de una demanda de nulidad por alguna de las partes en cuestión, bien por el comerciante o, más probablemente, por el proveedor. Sin embargo, no puede perderse de vista que la acción de nulidad es ejercitable por cualquier persona que tenga un interés en la declaración de nulidad, interés que bien puede ser portado por un empresario competidor, en cuyo caso no serían válidos los argumentos que se basan en la prohibición

¹⁷³ Para MIQUEL GONZÁLEZ (*ob. cit.*, p. 205) «la idea básica de esta doctrina es semejante a la fidelidad a la palabra dada o al *pacta sunt servanda*, concretamente exigir una coherencia a la conducta que despierta expectativas en los demás». Por su parte, DÍEZ PICAZO (*La doctrina de los propios actos*; Barcelona, 1963, p. 124) estima que «la persona queda imposibilitada para contrariar sus actos, no porque haya quedado vinculada por una voluntad negocial declarada a través de ellos, sino porque debe responder de las consecuencias de la confianza suscitada».

de ir contra los propios actos, ni en el artículo 1306.1º¹⁷⁴; aunque no parece muy probable que un tercero ajeno a la relación soporte el coste del proceso, y sí que opte por denunciar la situación ante el órgano administrativo competente con la finalidad de que se incoe el oportuno expediente sancionador.

Por todas estas razones, estimamos que sería improcedente el ejercicio de la acción de nulidad.

2.2 Otras acciones

Fuera de la hipótesis de la nulidad, en el caso de que alguna de las partes de la relación contemplada en el artículo 17 LOCM no se aviniera a cumplir con las exigencias de forma que el mismo impone, la otra parte podría compelerle a *llenar la forma legal exigida*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1279 CC, del siguiente tenor¹⁷⁵:

«Si la ley exigiese el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez».

Por otra parte, el proveedor puede ejercitar la *acción de cumplimiento* (ex artículo 1101 CC), o bien la *de resolución del contrato* (ex art. 1124 CC), con exigencia en ambos supuestos de indemnización por los daños y perjuicios causados, en el caso de que la opera-

¹⁷⁴ DE LOS MOZOS (voz «nulidad de los actos jurídicos»..., *cit.*, p. 618) pone de manifiesto que «esta acción es ejercitable por todos aquellos que tengan interés en que el negocio sea declarado nulo, hayan sido partes o terceros extraños al negocio e incluso aunque hayan sido causantes de la nulidad».

¹⁷⁵ En el mismo sentido se manifiestan ARIMANY Y MANUBENS (*ob. cit.*, p. 176) y FERNÁNDEZ DEL POZO (*ob. cit.*, p. 1489). En contra, estima LA CASA (*ob. cit.*, p. 18, nota 54), citando a estos autores, que el fundamento de la acción de cumplimiento que él ve en la compulsión del proveedor al comerciante para que acepte la letra o emita el pagaré está en el artículo 1101 y no en el 1279 CC, «pues este precepto alude a la forma de los contratos y la cuestión debatida viene referida al modo de cumplimiento de una determinada obligación. De ahí que más bien deban ser invocadas, en apoyo de la reclamación del proveedor, las normas generales reguladoras de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones». Respecto a tal planteamiento, deseamos hacer dos observaciones: en primer lugar, el artículo 1279 no sólo contempla exigencias en cuanto a la forma de los contratos, sino a cualquier otra forma especial «para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato»; en segundo lugar, las acciones derivadas de los artículos 1279 y 1101 CC no son excluyentes entre sí, incluso pueden ser sucesivas: una vez concurren los requisitos esenciales de validez de la obligación, se pide que se llene la forma legal exigida; más tarde, y ante el incumplimiento en tiempo y forma, se ejercita la acción de cumplimiento. En otro orden de cosas, estimamos que en el caso del artículo 17.3 LOCM las exigencias de entrega de documentación cambiaría para determinados aplazamientos de pago no son de forma *esencial* o *ad solemnitatem*, pero sí de forma «especial», tal como menciona el artículo 1279 CC.

ción no estuviera garantizada mediante aval o seguro de caución de conformidad con el artículo 17.3 LOCM. En este último caso, y si el seguro cubre la totalidad de la obligación, la acción no procede porque el cumplimiento se sule por la aseguradora. Sin embargo, si se produce la quiebra del comerciante y no existe seguro de crédito, habrá que atender a lo dispuesto en los artículos 908 y 909.9.º del CCO, en consideración del *posible derecho de separación* de las mercancías con respecto a la masa de la quiebra que podría en algún caso asistir al proveedor ¹⁷⁶.

Igualmente, para los casos en que se manifiesten vicios ocultos de las mercancías o éstas se hayan entregado de inferior valor al pactado, el comerciante podría ejercitar bien la *acción resolutoria* con la indemnización de daños y gastos realizados, bien la *estimatoria o quanti minoris*, con base en los artículos 1484 y 1486.1º CC y teniendo en cuenta lo dispuesto respecto a los plazos y condiciones de ejercicio de la acción en el artículo 336 CCO.

No parece muy probable que se presenten casos de responsabilidad por evicción, dado el dinamismo de las relaciones mercantiles y el breve espacio de tiempo que permanecen las mercaderías en poder del comerciante. Sin embargo, si se diera el hipotético caso de que el comerciante perdiera las mercancías por efecto de la evicción, podrían también reclamar del proveedor su *responsabilidad por la evicción*, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1475 y ss. CC y 345 CCO.

Por último, todas estas acciones se sumarían a las procedentes en el caso de que existieran documentos cambiarios, que darían lugar al

¹⁷⁶ En efecto, el artículo 908 CCO dispone que: «*Las mercaderías, efectos y cualquiera otra especie de bienes que existan en la masa de la quiebra, cuya propiedad no se hubiere transferido al quebrado por un título legal e irrevocable, se considerarán de dominio ajeno y se pondrán a disposición de sus legítimos dueños, previo el reconocimiento de su derecho en Junta de acreedores o en sentencia firme; reteniendo la masa los derechos que en dichos bienes pudieren corresponder al quebrado, en cuyo lugar quedará sustituida aquélla, siempre que cumpliera con las obligaciones anejas a los mismos*». Por su parte, el artículo 909.9.º establece que: «*Se considerarán comprendidos en el precepto del artículo anterior para los efectos señalados en él: 9.º Las mercaderías que el quebrado hubiere comprado al fiado, mientras no se le hubiere hecho la entrega material de ellas en sus almacenes o en paraje convenido para hacerla, y aquellas cuyos conocimientos o cartas de porte se le hubieren remitido, después de cargadas, de orden y por cuenta y riesgo del comprador.*

En los casos de este número y del 8º, los síndicos podrán detener los géneros comprados o reclamarlos para la masa, pagando su precio al vendedor». Por último, si en lugar de haberse realizado una operación con aplazamiento de pago, se pactó entre comerciante y proveedor el pago al contado, o no hubo pacto expreso de ningún tipo (en cuyo caso entra en juego la norma del artículo 17.1 LOCM), entonces puede ser de aplicación el artículo 909.8.º: «*Se considerarán comprendidos en el precepto del artículo anterior para los efectos señalados en él: 8.º Los géneros vendidos al quebrado a pagar al contado y no satisfechos en todo o en parte, ínterin subsistan embalados en los almacenes del quebrado, o en los términos en que se hizo la entrega, y en estado de distinguirse específicamente por las marcas o números de los fardos o bultos*».

ejercicio de las *acciones cambiarias pertinentes*, en función de la casuística que afectara a los títulos.

V. POSIBLES PRÁCTICAS AL BORDE DE LA LEY

1. LA NOVACIÓN

La LOCM, como ya sabemos, establece para los comerciantes la obligación de instrumentar mediante documentos cambiarios las deudas aplazadas a más de sesenta días que contraigan con sus proveedores. Con respecto a éstos, les impone la carga de enviar a los comerciantes la factura correspondiente a la operación en el plazo de treinta días desde la entrega de las mercancías. Pues bien, lo que en absoluto hace la Ley es obligar a los proveedores a hacer uso de tales instrumentos de pago. Por tanto, en línea de principio, sería perfectamente posible que, una vez llenada la forma legal para no incurrir en responsabilidades por la omisión, las partes acordaran canjear los documentos cambiarios por pagarés de empresa u otros medios de pago ¹⁷⁷, o bien convenir un pronto pago con descuentos para el comerciante. Esta operación es una novación objetiva de la obligación primitiva, contemplada en el artículo 1203.1.º del CC.

En la misma línea, también es perfectamente posible que se acuerde un aplazamiento de pago por cincuenta y nueve días a partir de la fecha de entrega de las mercancías, con lo que no operaría la obligación de documentación cambiaria. Este plazo podría prorrogarse o alterarse conviniendo nuevos aplazamientos por iguales períodos, otra vez a través de una novación objetiva absolutamente legal.

A este planteamiento podría objetarse que para la novación es necesaria la voluntad de ambas partes y que no es lógico pensar que el proveedor consintiera un pacto de tal naturaleza, teniendo tan a mano y a su favor las garantías legales. Sin embargo, no debemos olvidar la premisa básica de que parte la Ley, que no es otra que la debilidad del proveedor frente al comerciante, a quien se le supone un poder suficiente como para imponer a aquél las condiciones de la transacción. Es por eso que la Ley intenta sustraer de la capacidad negociadora de los proveedores la elección de los medios de pago, porque supone que su voluntad (por diversos factores: situa-

¹⁷⁷ Recordemos que, a nuestro juicio, la inclusión en los documentos cambiarios de la cláusula «no a la orden» es totalmente lícita y posible sin contravenir el mandato legal del artículo 17.3 LOCM.

ción en el mercado, infraestructura, solvencia, etc.) es, al menos, influenciable. Por tanto, si es el comerciante quien decide las condiciones: ¿qué le impide imponer a sus proveedores las condiciones de pago ahora expuestas bajo la consabida «amenaza» de no volver a negociar con ellos?

2. EL CONFIRMING

Se trata de una práctica comercial, atípica aún en nuestro Derecho y relativamente reciente, que guarda semejanzas, como puede apreciarse, con la novación y que puede definirse como un pacto «*mediante el cual un comerciante contrata con una entidad financiera la gestión de sus obligaciones de pago a proveedores, siendo la financiera la que toma contacto con éstos para ofrecerles que elijan entre adelantar el cobro de su deuda, con aplicación de un descuento determinado, o esperar a la fecha de su vencimiento*»¹⁷⁸.

Como puede verse, la entidad de *confirming* ofrece al proveedor una posible novación (objetiva) del acuerdo al que ya había llegado con el comerciante que contrata los servicios de la primera. Ésta puede actuar como un simple mediador en el pago, continuando como deudor, tal como resulta de la relación crediticia original, el comerciante, en cuyo nombre actúa como mandataria o comisionista, o bien puede llegar a asumir la deuda, siendo necesario o deseable en ese caso que goce, al menos, de la misma solvencia que el deudor primitivo para que el proveedor consienta. Esta última posibilidad responde al esquema de la novación subjetiva por sustitución de la persona del deudor¹⁷⁹.

Dado que la Ley no exige que sea el comerciante quien necesariamente emita el documento cambiario, sino que cabe la posibilidad de que simplemente lo acepte, no parece existir inconveniente en que dicho documento pueda ser emitido por la entidad financiera.

¹⁷⁸ Esta definición se ha extraído de la contestación a una consulta efectuada el 9 de diciembre de 1996 por el Sr. Secretario de la Federación de Industrias Alimenticias y Bebidas -FIAB- al Director General de Comercio Interior, don. José Luis Marrero Cabrera, *ob. cit.*, pp. 37 y 38. Tal como se advierte en el propio documento, la interpretación que hace la Dirección General de Comercio Interior acerca del *confirming* y de cómo se consigue su adecuación a lo dispuesto en el artículo 17.3 de la LOCM, no constituye una interpretación vinculante de la norma, que corresponde en última instancia a los Tribunales de Justicia.

¹⁷⁹ El artículo 1205 CC *in fine* establece en buena lógica la necesidad del consentimiento del acreedor a la sustitución del deudor: «la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el consentimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor».

Sin embargo, esta práctica que, en principio puede parecer inocua para el proveedor, e incluso beneficiosa para ambas partes por motivos de agilización de los pagos y cobros y disminución de costes administrativos, puede ser vehículo para recortar en alguna medida la libertad de negociación de los títulos que tiene en principio el proveedor, ya que es práctica frecuente que las grandes empresas comerciantes, participadas por entidades financieras, impongan a través del *confirming* la obligación de descontar los títulos en estas entidades y no en otras, ofreciendo a estos efectos unos tipos de descuento superiores a los que el proveedor podría lograr en una entidad libremente elegida por él ¹⁸⁰.

Según la Dirección General de Comercio Interior, la compatibilidad entre el *confirming* y las exigencias del artículo 17.3 LOCM «*puede alcanzarse mediante la emisión por parte de la entidad financiera del documento preceptuado por la Ley, para que pueda ser hecho efectivo por el acreedor a su vencimiento; o negociado, cuando así le convenga, con la entidad financiera que libremente elija cada proveedor*» ¹⁸¹.

CONCLUSIONES

La Ley de Ordenación del Comercio Minorista no ha estado exenta de polémica ya desde los primeros pasos de su gestación, y el artículo 17 no se ha visto privado de la influencia de ese estado de cosas.

Sin embargo, nos parece escasamente útil en este momento, con la Ley promulgada y aplicándose en mayor o menor medida, retomar los términos del debate social y económico en torno a ella y, en concreto, en lo que respecta al artículo objeto de nuestra investigación, para extraer de los mismos nuestras conclusiones.

En este trabajo hemos intentado acercarnos al artículo 17 LOCM desde una perspectiva técnico-jurídica. Nuestra intención y aun nuestra capacidad, se ven excedidas por un análisis económico de la norma que no hemos pretendido realizar y cuyo acometimiento dejamos a los expertos en esa materia. En cualquier caso, dicho análisis económico habría resultado de mayor utilidad con anterioridad a la publicación y entrada en vigor de la Ley.

¹⁸⁰ Esta situación es admitida implícitamente por la *DGCI*, que trata de contestar indirectamente de forma negativa a esta práctica en la respuesta a la consulta anteriormente citada, *ob. cit.*, p. 38: «en todos los casos, se deberá tener en cuenta que el *confirming* no puede dar lugar a una limitación de los derechos del acreedor a negociar las condiciones económicas de su gestión de cobro y a contratar con las entidades financieras que desee».

¹⁸¹ *Cfr. DGCI*, «En el caso de práctica del *confirming*...», *cit.*, p. 38.

Por consiguiente, partimos de una realidad básica y escrita: el texto del artículo 17, que nos ha servido de referente constante de las ideas y opiniones vertidas en estas páginas. Hemos pretendido alejarnos lo menos posible de esa literalidad que consideramos límite último de cualquier digresión y origen imprescindible de toda teoría interpretativa.

De nuestra exégesis del precepto, la primera y más importante conclusión que extraemos es la de que se halla, a nuestro juicio, necesitado de modificaciones y de desarrollo reglamentario. Ambas afirmaciones no son contradictorias, sino complementarias. La intención del legislador del artículo 17 (al margen del juicio que se tenga sobre si el planteamiento de proteger a los proveedores y a todos los proveedores respecto del sector de la distribución comercial es o no acertado), es buena, pero la técnica empleada resulta a nuestro modo de ver inadecuada. No hemos de reiterar ahora todos los argumentos que se han ido desbrozando en el curso de la investigación y que en ella se han tratado de aportar con profusión de explicaciones, pero sí queremos resaltar nuestra constante puesta en evidencia de problemas de interpretación que surgen a los ojos del jurista y de los posibles puertos a los que pueden conducir las diversas soluciones interpretativas que se acojan. Una norma que se califica de imperativa no puede dar tanto juego a la diversidad.

Por esa razón principal, a la que viene a sumarse la no menos importante de que los defectos técnicos pueden conducir a una inaplicación y, por tanto, a una inutilidad, de la norma, sostenemos la necesidad de modificación y de desarrollo reglamentario. Si el trámite para proceder a la primera es demasiado lento, la promulgación de reglamentos de desarrollo siempre dentro de los márgenes legales (no estamos propugnando en ningún caso una reglamentación *ultra vires*), puede ser una vía adecuada para aclarar cuestiones escasamente desarrolladas, como la subsanación de inadecuaciones entre los documentos que cita el artículo 17 (albarán, factura y documentos cambiarios), o la discusión sobre la posibilidad o no de que el comerciante no sólo acepte sino emita la letra de cambio.

A cada problema detectado, hemos tratado de aportar una solución imaginativa y adecuada a la letra de la Ley, según nuestro mejor saber y entender, sin perjuicio de que simultáneamente hallamos llamado a las puertas del legislador y del ejecutivo en demanda de respaldo legal o reglamentario a esas u otras posibles soluciones, en definitiva, de atención a los problemas detectados. No sabemos si habremos logrado ese objetivo de aproximación que al principio del trabajo nos proponíamos. Ahora es el turno de los agentes afectados, que refrendarán con el uso o rechazarán con el desuso, los mandatos

contenidos en el artículo, y, ¡como no!, del legislador y del gobernante que habrán de responder a una y otra actitud. A ellos nuestro último llamamiento: Señores:

Legislen modificando y desarrollen la ley a través de reglamentos, por difícil que se presente la empresa.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBÁCAR LÓPEZ y MARTÍN GRANIZO: «Comentario del artículo 6», en la obra *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, tomo I, Madrid, 1991; pp. 90 y ss.
- ALONSO DÁVILA: «La ley de Comercio. Sus características fundamentales», *LA LEY*, Diario 3978, de 20 de febrero de 1996, pp. 1760 y ss.
- ALONSO SOTO: «La obligación de vender, la regulación de los comerciantes en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en la obra *Ponencias: Jornadas sobre la distribución comercial*, Cáceres, 1997, pp. 35 y ss.
- ARIMANY y MANUBENS: «Comentario de los artículos 16 y 17», en la obra *Ordenación del Comercio Minorista*; coordinada por ARIMANY y MANUBENS, Barcelona, 1996, pp. 149 y ss.
- BONET CORREA: «Los actos contrarios a las normas y sus sanciones», *ADC*, 1976, pp. 309 y ss.
- CARRASCO PERERA: «Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Juicio crítico de una reforma», en *Distribución y Consumo*, abril/mayo 1996, pp. 40 y ss.
- CEPCO (CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ASOCIACIONES DE FABRICANTES DE PRODUCTOS DE CONSTRUCCIÓN):
- Informe: «La industria de la construcción en España», Madrid, septiembre de 1996.
 - Intervención de don Félix Rodríguez Massa, Presidente de CEPCO, en la Audiencia Pública organizada por la Comisión Europea en materia de demora en las transacciones comerciales, Bruselas, 7 de octubre de 1997.
- DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, tomo I, Madrid, 1949.
- «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad» en *ADC*, 1982.
- DE LOS MOZOS: Voz «norma jurídica», en la obra *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XI, Barcelona, 1962, pp. 480 y ss.
- DÍAZ MORENO: *Derecho Mercantil*, tomo II, obra coordinada por JIMÉNEZ SÁNCHEZ; Barcelona, 1992.
- DÍEZ PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, tomo I, Madrid, 1992, reimp. 1993.
- DIRECCIÓN GENERAL DE COMERCIO INTERIOR:
- *Medios de pago en el comercio minorista*, Colección Estudios, Madrid, 1992.
 - *Cien cuestiones básicas de comercio interior*, Colección Estudios de Comercio Interior, Madrid, 1995.
- EROSKI: *Debate de los plazos de pago. Negociando el precio de venta*. San Sebastián, 1993, documento inédito.
- ESCRIBANO COLLADO: «Comentario del artículo 1», en la obra *Comentarios a las leyes de Ordenación del Comercio Minorista*; dirigida por R. BERCOVITZ, Madrid, 1997, pp. 37 y ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO: «Aplazamientos de pago a los proveedores y publicidad registral del comerciante en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en *RCDI*, 1996, pp. 1479 y ss.

- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «Aplicación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista en las diferentes Comunidades Autónomas», en la obra *Nueva Ordenación del Comercio Minorista en España*, Madrid, 1996, pp. 217 y ss.
- GONZALO ANGULO: «Régimen de pago a proveedores (art. 17 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista)», en la obra *Nueva Ordenación del Comercio Minorista en España*, Madrid, 1996, pp. 103 y ss.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ: *Derecho Mercantil*, tomo II, coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Barcelona, 1992.
- LA CASA GARCÍA: «La instrumentación mediante títulos cambiarios de los pagos a los proveedores en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista», en *Derecho de los Negocios*, 1997, núm. 78, pp. 1 y ss.
- LEMA DEVESA: *Venta con pérdida y pago a proveedores en la ley de ordenación del comercio minorista*, conferencia pronunciada en el Hotel Eurobuilding de Madrid el 19 de junio de 1996, documento inédito.
- LÓPEZ LÓPEZ: *Derecho Civil. Parte General*, coord. por A. LÓPEZ y V. MONTÉS, Valencia, 1992.
- MARÍN LÓPEZ: «Comentario de los artículos 16 y 17», en la obra *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*; dirigida por R. BERCOVITZ, Madrid, 1997, pp. 321 y ss.
- PALAU RAMÍREZ y ROCA SAGARRA: «Ámbito de aplicación territorial de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista» en *RGD*, 1997, pp. 5659 y ss.
- PARRA LUCÁN: *Daños por productos y protección del consumidor*; Barcelona, 1990.
- PORTELLANO DÍEZ: «Comentario a los artículos 16 y 17», en la obra *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica Complementaria*, dirigida por PIÑAR MAÑAS y BELTRÁN SÁNCHEZ, Madrid, 1996, pp. 151 y ss.
- REBOLLO PUIG: «Comentario de los artículos 63, 64 y 65», en la obra *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, dirigida por R. BERCOVITZ; Madrid, 1997, pp. 905 y ss.
- REGLERO CAMPOS: «Comentario al artículo 6. Naturaleza de las normas» en la obra *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*; Pamplona, 1997, pp. 90 y ss.
- ROLAND BERGER Y PARTNER: *La distribución alimentaria en España y su entorno europeo*, Madrid, 1995.
- ROMÁN GONZÁLEZ, M. V.: «Estudio de la función financiera de los plazos de pago», en *Investigación y Marketing*, núm. 46, diciembre, pp. 72 y ss.
- «Análisis comparativo de los plazos de pago en la industria alimentaria y la distribución comercial» en *ICE*, marzo de 1995, núm. 739, pp. 93 y ss.
- «Plazos de pago. La necesidad de un nuevo equilibrio», en *Distribución y Consumo*, diciembre 1995/enero 1996, pp. 17 y ss.
- «Ley de comercio y plazos de pago: ¿nuevas reglas de juego?», en *Boletín Económico ICE*, núm. 2488, 1996, pp. 45 y ss.
- SECO CARO: *Derecho Mercantil*, tomo II, coordinado por JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Barcelona, 1992.
- SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA. MINISTERIO DE COMERCIO Y TURISMO: «Poder de mercado y pago a proveedores», en *Boletín Económico ICE*, núm. 2420, 1994, pp. 1851 y ss.
- SORIANO GARCÍA: *Fabricantes y distribuidores: mitos y realidades sobre los plazos de pago*; Madrid, s. f. Documento inédito.
- *Derecho Público de la Competencia*, Madrid, 1998.
- VYNER: «Las relaciones fabricante-distribuidor en Gran Bretaña», en la obra *Congreso AECOC'97: El punto de encuentro. Rompiendo paradigmas*, Sevilla, 1997, pp. 265 y ss.

DOCUMENTACIÓN OFICIAL

BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES:

- «Tramitación parlamentaria de la Ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del Comercio Minorista», en *BOCG*, serie B, núms. 10-1 a 10-19; diversas fechas.
- «Informe de la Ponencia para analizar los plazos de pago entre empresas en el sector de la distribución y los problemas que se derivan como consecuencia de la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones comerciales», en *BOCG*, 6 de febrero de 1995, serie E, núm. 118.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS:

- *Intrum justitia. European payment habits survey*, Supported by European Commission. april, 1997.
- Informe sobre los retrasos en el pago en las transacciones comerciales. Comunicación de la Comisión, Bruselas, 9 de septiembre de 1997, C (97) 2121.

DIARIO OFICIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS:

- Recomendación de la Comisión de 12 de mayo de 1995, relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales.

DIRECCIÓN GENERAL DE COMERCIO INTERIOR:

- Contestación a una consulta efectuada el 9 de diciembre de 1996 por el Sr. Secretario de la Federación de Industrias Alimenticias y Bebidas -FIAB-: «En el caso de práctica del *confirming*, ¿se debe emitir documento que lleve aparejada acción cambiaria?», en *Latienda-Super*, núm. 31, enero-febrero 1996, pp. 37 y ss.
- Comentario a la comunicación de la Comisión C (97) 2121 relativa al informe sobre los retrasos en el pago en las transacciones comerciales, Madrid, 6 de octubre de 1997.
- Informe sobre las distintas sugerencias en relación a la audiencia pública del día 7 de octubre en Bruselas sobre los aplazamientos de pago, Madrid, 6 de octubre de 1997.
- Retraso en los pagos comerciales: resumen del debate público organizado en Bruselas el 7 de diciembre de 1997 por la Comisión Europea, Madrid, 9 de octubre de 1997.